FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE.

NATURE JURIDIQUE

de la

DONATION DE BIENS A VENIR

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue

PAR

Edouard TIMBAL

Avocat à la Cour d'Appel de Toulouse

Président de Thèse : M. PLASSARD.

Suffragants : MM. PERREAU, GABOLDE.

TOULOUSE
IMPRIMERIE F. BOISSEAU,
34, RUE DU TAUR

1935

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548905_0025

NATURE JURIDIQUE

de la

DONATION DE BIENS A VENIR

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

HONORARIAT

MM. HOUQUES-FOURCADE, O ✻, doyen honoraire.

DECLAREUIL, ✻, professeur honoraire.

GHEUSI, O ✻, professeur honoraire, recteur de l'Académie de Toulouse.

MESTRE, ✻, professeur honoraire, professeur à la Faculté de Droit de Paris.

CLAVELIER, secrétaire honoraire.

PROFESSEURS, AGRÉGÉS ET CHARGÉS DE COURS

CEZAR-BRU, O ✻, doyen, professeur de Droit civil, chargé du cours de Procédure civile.

THOMAS, professeur de Droit romain.

MAGNOL, ✻, professeur de Droit criminel.

PERREAU, O ✻, professeur de Droit civil.

RICOL, professeur de Procédure civile, mis à la disposition de M. le Ministre des Affaires Étrangères.

MAURY, professeur de Législation comparée.

PLASSARD, ✻, professeur de Droit civil, assesseur du Doyen.

HAURIOU, professeur de Droit constitutionnel.

DEVAUX, professeur de Droit international public.

BOYER, professeur de Droit romain.

JAMES, professeur de législation française des finances et de science financière.

GABOLDE, ✻, professeur de Droit commercial.

BRETHE DE LA GRESSAYE, professeur chargé d'un cours de Droit civil.

N....., chargé du cours de Droit administratif.

BYÉ, agrégé, chargé d'un cours d'Économie politique.

FOURGEAUD, agrégé, chargé d'un cours d'Economie politique.

RICHARDOT, chargé du cours d'Histoire générale du droit français.

LAPORTE, secrétaire des Facultés de Droit et des Lettres.

Président de la Thèse : M. PLASSARD,

Suffragants ..... MM. PERREAU, GABOLDE.

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions particulières du candidat.

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE TOULOUSE.

NATURE JURIDIQUE

de la

DONATION DE BIENS A VENIR

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue

PAR

Edouard TIMBAL

Avocat à la Cour d'Appel de Toulouse

Président de Thèse : M. PLASSARD.

Suffragants : MM. PERREAU, GABOLDE.

TOULOUSE
IMPRIMERIE F. BOISSEAU
34, RUE DU TAUR

1935

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INTRODUCTION

La donation de biens à venir est la libéralité qui est réalisée en la forme des donations entre vifs et a pour objet tout ou partie des biens qui composeront la succession du disposant. C'est donc une convention par laquelle une personne — l'instituant — promet à une autre — l'institué — de lui laisser à sa mort toute sa succession, ou une quote-part de celle-ci, ou un objet déterminé tel qu'une somme d'argent. A la suite de l'accord de volontés intervenu, l'institué acquiert la qualité de successible. Et c'est à ce titre qu'il recueillera les biens qui ont fait l'objet de l'institution.

Nos anciens auteurs employaient parfois l'expression « pacte de succéder », mais c'est surtout le terme « institution contractuelle » que l'on rencontre. Il a l'avantage de définir la libéralité par ses deux traits essentiels : une institution d'héritier, faite par contrat. Il n'est pas cependant tout à fait exact, car l'institution contractuelle peut avoir pour objet un bien déterminé et, dans ce cas, l'institué n'est pas un héritier.

Le Code civil autorise la donation de biens à venir,

consacrée de longue date par la pratique de l'Ancien Droit, mais seulement dans l'intérêt du mariage. Et il édicte pour elle certaines règles, qui dérogent au droit commun et dont on discute la portée quant à la nature de l'institution.

Le plus souvent, elle est insérée dans le contrat de mariage : c'est alors l'institution contractuelle proprement dite. Elle peut émaner d'un tiers et être faite au profit des futurs époux, de l'un d'eux seulement, ou des enfants à naître du mariage. Elle est aussi permise au futur époux qui veut avantager son conjoint.

Le contrat de mariage contient quelquefois une disposition plus complexe : la donation cumulative de biens présents et à venir. C'est une libéralité unique qui confère au bénéficiaire le droit d'exercer une option au décès du disposant. Selon le parti qu'il adopte, il est donataire des biens existant au jour de la donation ou des biens recueillis dans la succession du donateur.

Enfin, la donation de biens à venir peut intervenir pendant le mariage et émaner d'un époux ; elle revêt encore la forme d'un acte notarié. Elle peut être réciproque ; toutefois le don mutuel réalisé dans le même acte est prohibé par l'art. 1097 du Code civil.

Limitée dans son application par la prohibition générale qu'édicte l'art. 943 du même code, la donation de biens à venir est néanmoins très répandue.

Elle se présente avec une physionomie tout à fait particulière. En effet, elle n'entraîne aucun dessaisissement actuel de celui qui se dépouille, et ne produit effet qu'à la condition que le donataire survive au disposant. Enfin, tandis qu'elle ne peut plus être révoquée lorsqu'elle est insérée dans un contrat de mariage, elle est essentiellement révocable dans le cas de la donation entre époux.

Aussi peut-on la comparer à la fois à la donation entre vifs et au testament. Elle se rapproche de la donation par son caractère contractuel. Mais elle en diffère en ce qu'elle crée un successible et non un donataire, et en ce qu'elle concerne seulement l'hérédité du disposant, au point que, du vivant de ce dernier, elle ne transmet aucun bien au gratifié. Elle se distingue du legs en ce qu'elle est un contrat et a le caractère d'une libéralité irrévocable. Toutefois, cette seconde différence disparaît lorsque la donation de biens à venir a lieu entre époux.

Elle est essentiellement quelque chose d'hybride ou, comme disait Furgole, d'amphibie. Donation entre vifs par la forme, elle est une libéralité de dernière volonté par les résultats, puisqu'elle produit, après le décès du disposant, des effets analogues à ceux d'un testament. Aussi Laurière[1] la définissait-il

1. *Traité des institutions et substitutions contractuelles*, II, 21.

un don de succession, reprenant l'expression de Cujas qui avait appelé ***datio successionis*** l'institution d'héritier en général.

Dans quelle catégorie la classer ? La discussion a été très vive dans l'Ancien Droit et la controverse n'est pas close. D'après Furgole[2], quatre solutions étaient proposées par les anciens auteurs : 1° donation entre vifs ; 2° donation à cause de mort irrévocable ; 3° testament irrévocable ; 4° contrat mixte tenant à la fois de la donation entre vifs et du testament. Furgole donnait une cinquième opinion : il en faisait un mode de disposer tout spécial, formant une classe à part.

Les deux premières théories surtout avaient de chauds partisans. Ricard[3] et Laurière y voyaient une donation à cause de mort, puisque l'instituant ne donne rien de son vivant et que la libéralité est caduque s'il survit à l'institué. Mais ce n'était pas l'opinion dominante, la règle de l'irrévocabilité étant considérée comme primordiale[4]. L'autorité de Pothier fit prévaloir son opinion. Il l'exprimait ainsi : « L'institution contractuelle étant une donation que l'instituant fait de sa succession à la personne instituée, en ayant pour objet de rendre la personne instituée

2. *Ordonnance sur les donations*, p. 101.
3. *Des donations*, part. 1, n° 1074, chap. II.
4. Cf. Lebrun, *Successions*, Liv. III, chap. II, p. 6 ; Bourjon, *Droit commun de la France*, V, 3.

héritière de l'instituant, il suit de là qu'elle ne peut s'effectuer que par la mort de l'instituant et qu'elle devient caduque si la personne instituée le précède car il est impossible, *per rerum naturam*, qu'on soit héritier de quelqu'un, si on ne lui survit ; et il ne peut y avoir de succession d'une personne vivante, *hereditas viventis non est*. C'est en cela que l'institution contractuelle participe de la nature des donations pour cause de mort. Elle n'est pas néanmoins donation pour cause de mort comme l'a prétendu Laurière, mais elle est plutôt donation entre vifs, puisqu'elle fait partie des conditions d'un contrat de mariage, qui est un acte entre vifs, et qu'elle est irrévocable, l'irrévocabilité étant une des qualités qui caractérisent principalement les donations entre vifs et les distinguent de celles pour cause de mort »[5].

En somme, à la fin du XVIII[e] siècle, l'opinion générale était la suivante. Quant à sa nature, la donation de biens à venir est une donation entre vifs. Cependant, elle a un objet différent de celui des donations entre vifs ordinaires, en ce qu'elle porte sur tout ou partie de la succession du disposant ; à ce point de vue, elle tend à se rapprocher des dispositions testamentaires.

Cette conclusion est-elle bien exacte et détruit-elle

5. Introduction au titre XVII de la *Coutume d'Orléans*, appendice des institutions contractuelles, n° 18.

les observations de Laurière ? La donation de biens à venir n'est-elle pas une donation à cause de mort d'un genre à part, un acte entre vifs qui opère une transmission par décès ? Tout au moins la donation de biens à venir faite pendant le mariage, qui, on le sait, est toujours révocable, n'est-elle pas de nature mixte ? L'éminent juriste qu'est M. Josserand s'est posé la question [6]. Il constate que cette libéralité si singulière est à la frontière de deux catégories juridiques voisines et ajoute : « Elle emprunte aux libéralités testamentaires leurs caractéristiques à un tel degré qu'on est amené à se demander si elle reste elle-même, ou bien si elle n'abdique pas son individualité propre pour passer dans la catégorie juridique opposée, pour devenir une libéralité à cause de mort ».

La solution qui consiste à voir dans la donation de biens à venir une libéralité *sui generis* est séduisante et rallierait sans doute la majorité des esprits. Mais on ne doit pas hésiter à l'écarter, car elle est en contradiction avec les principes de notre Droit. L'Ordonnance sur les donations de 1731 a prohibé la donation à cause de mort, la considérant comme une disposition de dernière volonté et exigeant par suite la forme testamentaire. L'art. 893 du Code civil a reproduit cette interdiction, en stipulant qu'il n'existait que

6. Chronique au Dalloz Hebdomadaire, 1930, p. 21.

deux sortes de libéralités : la donation entre vifs et le testament. On est ainsi contraint de rattacher la donation de biens à venir à l'un ou l'autre des modes de disposer à titre gratuit qu'admet notre législation.

***

La question présente un intérêt considérable. En effet, la donation de biens à venir n'est soumise qu'à un petit nombre de règles spéciales. Du parti que l'on adopte sur la nature juridique de l'institution, on déduit nécessairement une série de conséquences dont la portée pratique est très importante.

Supposons, en effet, qu'on attribue à la donation de biens à venir la nature juridique du testament. — Si l'auteur d'une donation de biens à venir vient à être frappé d'une peine afflictive perpétuelle, la libéralité est nulle, comme le testament antérieurement rédigé. C'est l'application de la règle posée par l'art. 3 § 2 de la loi du 31 mai 1854 portant abolition de la mort civile.

On doit, d'autre part, appliquer la règle *Dies incertus in testamento conditionem facit.* La disposition qui serait suspendue par une condition ou par un terme incertain ne deviendrait transmissible qu'autant que l'époux donataire aurait vécu jusqu'au jour de la réalisation de la condition ou de l'arrivée du terme. En effet, l'art. 1040 du Code civil prescrit cette règle pour les legs.

C'est la loi en vigueur au décès du disposant qui détermine la quotité disponible, comme si la disposition était faite par testament.

Mais c'est plus encore en matière de capacité et de réduction pour atteinte à la réserve que la question présente de l'intérêt. — Les règles de la réduction ne sont pas les mêmes. Si on assimile la donation de biens à venir au testament, elle est réduite au marc le franc avec les dispositions testamentaires et avant les donations entre vifs. Au cas contraire, on ne la réduira qu'à sa date, après les legs et les donations ultérieures.

On sait également que l'époque à prendre en considération pour la capacité du gratifié est celle du décès du disposant, s'il s'agit d'un testament (art. 906, Civ. § 2). Pour la donation, c'est celle de l'acte (art. 906 § 1er).

Et l'art. 908 du Code civil, modifié par la loi du 25 mars 1896, prévoit des règles distinctes pour la capacité de recevoir des enfants naturels reconnus. Ceux-ci ne peuvent rien recevoir par donation entre vifs au-delà de leurs droits successoraux. A l'inverse, ils peuvent recevoir par testament toute la quotité disponible, sauf s'ils se trouvent en présence d'enfants légitimes. On sait que dans ce cas ils ne peuvent recevoir plus que l'enfant légitime le moins prenant.

La capacité requise du disposant est elle-même très différente. Si l'on adopte la première solution,

il faut décider que l'époux pourvu d'un conseil judiciaire peut donner à son conjoint pendant le mariage, et sans aucune assistance, les biens qu'il laissera à son décès ; que la femme dotale peut disposer des biens dotaux, à condition de les envisager, non pas comme des biens présents, mais en tant qu'éléments de sa succession ; qu'enfin le mineur âgé de seize ans a la faculté de disposer, au profit de son conjoint et sur les biens à venir, de la moitié de la portion dont il pourrait disposer s'il était majeur (art. 904 § 1 Civ.). — Par contre, la donation entre vifs contrevient au principe de l'inaliénabilité des biens dotaux (art. 1554) ; elle est interdite de façon absolue au mineur (art. 903) ; elle est radicalement nulle si le prodigue n'est pas assisté de son conseil (art. 513).

Les questions de capacité sont celles qui soulèvent le plus fréquemment dans la pratique le problème de la nature juridique de la donation de biens à venir. En effet, la libéralité entre époux peut être révoquée d'une manière expresse ou tacite par le disposant ; mais ce droit de révocation ne peut être exercé par ses héritiers. A l'inverse, la violation des règles de capacité est sanctionnée par une nullité, et le droit de l'invoquer est transmis aux héritiers.

***

On voit à quel point la question est délicate et

quelles conséquences importantes se rattachent au parti que l'on adopte. On s'explique ainsi que l'unanimité soit loin d'être faite sur la solution d'un problème débattu cependant de longue date.

Du moins la Jurisprudence marque-t-elle une tentance qui se dégage des discussions doctrinales, parfois un peu confuses. Il nous a paru intéressant — et c'est l'objet de notre thèse — d'indiquer à la lumière des arrêts quelles sont les conclusions de la pratique.

Titre préliminaire

Origines de la donation de biens à venir

CHAPITRE I

LE DROIT ROMAIN

Section I

La « donatio mortis causa »

Le Droit Romain a connu une institution d'un caractère très particulier, car elle présente des analogies à la fois avec la donation entre vifs et le testament : la *donatio mortis causa.*

Une clause essentielle la caractérise : la libéralité ne sera irrévocable que par le décès du donateur survenu avant celui du donataire. La survie du donataire est une condition à laquelle est subordonnée la perfection de la donation [1].

1. *Non videtur perfecta donatio mortis causa facta antequam mors insequatur*, Ulp. D. XXXIX, 6, de mort. caus. donat., 32.

Très souvent, le donateur se réservait la faculté de révoquer la donation à son gré [2]. Idée que l'on traduit par cette formule : le donateur se préfère au donataire, mais préfère celui-ci à ses héritiers. Cette faculté de révocation était-elle de l'essence ou seulement de la nature de la donation à cause de mort ? La question demeure controversée, car les textes ne présentent ni une clarté, ni une concordance suffisantes pour qu'une solution s'impose. Cependant, la majorité des auteurs estime qu'en l'absence de la faculté de révocation l'institution n'en conservait pas moins son caractère propre [3]. Celui-ci apparaît nettement lorsqu'on examine les modes de constitution et les règles de caducité qui lui sont applicables. La donation à cause de mort peut avoir pour objet soit un transfert de propriété, soit la formation ou l'extinction d'une obligation.

Elle est réalisée par les mêmes modes d'accomplissement que la donation entre vifs ; mais elle est toujours affectée d'une condition. C'est une condition suspensive, qui peut d'ailleurs être tacite, quand l'effet de l'acte est retardé jusqu'à la mort du donateur. On procédait surtout ainsi dans le cas (qui semble

2. Paul, Sent. III, 7, § 2.

3. Accarias, *Précis de Droit romain*, 4e édit., t. I, n° 307 ; Cuq, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2e édit., p. 800 (qui ajoute même que la faculté de révocation n'est apparu qu'après l'époque classique) ; May, *Eléments de Droit romain*, 15e édit. p. 385. — Contra, Girard, *Manuel élémentaire de Droit romain*, 7e édit. p. 999.

s'être présenté le premier dans la pratique) où la donation était subordonnée au prédécès du donateur dans un événement déterminé en cours de réalisation, tel qu'une maladie, un voyage ou un combat[4]. — Mais, le plus souvent, la condition est extinctive. L'effet de l'acte s'accomplit actuellement, mais devra être tenu pour non avenu au cas de prédécès du donataire ou de révocation par le donateur.

La caducité, de même que la formation de la libéralité, diffère suivant la nature de la condition. Au cas de condition suspensive, le défaut de réalisation de la condition a pour conséquence que l'acte n'a jamais produit d'effet. — Au cas contraire, il y a eu un transfert de propriété, une formation d'obligation ou une extinction d'obligation dont il s'agit de détruire les effets. Dans ce but, le donateur a, en dehors des actions spéciales qu'il pourrait tenir d'un contrat verbal exprès ou d'une convention de fiducie, une *condictio* qui n'est que l'application du droit commun. Mais n'est-on pas arrivé, au cas de donation réalisée par translation de propriété, à accorder au donateur une action réelle, par exemple en disant que la propriété lui est revenue de plein droit à l'avènement de la condition ? Comme en matière de vente sous condition résolutoire, la concession d'une action réelle à

4. *Non sic det ut statim faciat accipientis sed tunc demum cum mors fuerit insecuta* (D., XXXIX-6, 2).

l'aliénateur ne paraît pas douteuse pour le temps de Justinien, tandis qu'elle ne semble pas avoir été admise à l'époque classique.

On s'explique facilement le fréquent emploi de la *donatio mortis causa*. Il suffit de rappeler les avantages que présente le legs sur la donation entre vifs : aucun dessaisissement actuel du disposant, révocabilité *ad nutum*, effets subordonnés à la condition de survie du bénéficiaire. Or, à la fin de la République et sous Auguste, un certain nombre de lois vinrent apporter de notables restrictions à la faculté de léguer, soit, comme les lois *Furia testamentaria*, *Voconia et Falcidia*, en limitant le nombre et la quotité des legs, soit, comme les lois *Junia Norbana*, *Julia* et *Papia Poppaea*, en privant un grand nombre de personnes du *jus capiendi ex testamento*. Ces lois ne prévoyaient que les dispositions contenues dans un testament et n'étaient pas applicables à la *donatio mortis causa* qui suppose une convention. Celle-ci permettait donc, à l'origine, d'éviter la rigueur de ces lois restrictives et gardait sur la donation entre vifs l'avantage de la condition de survie.

Les donations à cause de mort diffèrent par leurs effets des donations ordinaires, et leur caractère devait les soustraire à la loi *Cincia*. Elles se rapprochent des dispositions testamentaires à titre particulier, subordonnées comme celles-ci au prédécès du disposant. Aussi a-t-on songé d'assez bonne heure à

leur en appliquer les règles. Elles ont été soumises aux dispositions restrictives des lois *Furia* et *Voconia* et même, en droit classique, de la loi *Falcidia* ; on leur a appliqué les lois caducaires quant à la capacité de recevoir [5]. Accentuant cette assimilation, certains jurisconsultes voulurent ne plus admettre aucune distinction. Justinien consacra leur manière de voir, en décidant que la *donatio mortis causa* serait dispensée des formes de la donation et, d'une façon générale, qu'elle serait soumise aux règles du legs. C'est ainsi qu'il la dispensa de l'insinuation et la soumit, par contre, au concours de cinq témoins exigé pour la confection des codicilles [6].

Cependant, la donation à cause de mort se distingue du legs. D'une part, elle ne dépend pas de l'existence d'un héritier. D'autre part, elle suppose une convention entre les parties ; elle n'est pas par elle-même un mode d'acquérir la propriété ou de devenir créancier. Enfin, elle peut recevoir effet du vivant du donateur, sauf à être résolue en cas de prédécès du donataire.

Section II
La donation entre époux

On rencontre aussi en Droit Romain la donation entre époux, *inter virum et uxorem*, c'est-à-dire celle qui

5. Paul, D., XXXIX, 6, *de mort. caus. donat.*, 35 pr.
6. C., VIII, 57, *de donat. caus. mort.*, 4 ; Inst., II, 7, *de donat.*, § 1.

est faite par un époux à l'autre au cours du mariage. La donation faite par la femme ne pouvait exister, au demeurant, que sous le régime du mariage *sine manu*, qui seul reconnaissait à la femme un patrimoine propre.

Vers la fin de la République, la coutume vint prohiber les donations entre époux. On voulait empêcher les libéralités trop facilement consenties dans l'entraînement de la passion, *ne mutuato amore spoliarentur*, ou arrachées par contrainte sous la menace du divorce, *ne venalitia essent matrimonia*[7]. La sanction était la nullité de la donation. On exceptait cependant de cette prohibition : les donations portant sur des fruits ou des intérêts, à raison de leur modicité relative ; les donations faites au mari *honoris causa*, pour lui permettre d'obtenir une dignité ; la *donatio exilii causa*, faite au conjoint exilé ; la *donatio divortii causa*, faite en prévision d'un divorce imminent ; enfin la *donatio mortis causa*.

Mais on finit par reconnaître que l'excès de rigueur avait dépassé le but poursuivi. La faculté absolue de révocation laissée à l'époux donateur était suffisante pour sauvegarder sa liberté. Ainsi, le donateur pouvait reconnaître au cours du mariage l'affection de son conjoint, mais reprendre sa libéralité au cas de con-

7. Ulpien et Paul, XXIV, 1, *de donat. int. vir.*, 2, et 3 pr.

trainte ou d'indignité postérieure. Cette solution fut consacrée par un Sénatus consulte, sur la proposition d'Antonin Caracalla [8]. Le Sénat décida que la donation entre époux deviendrait valable, serait confirmée, si le donateur prédécédait dans les liens du mariage sans l'avoir révoquée [9]. Désormais, la donation entre époux devînt semblable à une *donatio mortis causa* : elle n'était définitivement assurée au donataire que par le prédécès du donateur, et encore à la double condition qu'elle n'ait pas été révoquée par lui et qu'il n'y ait pas eu divorce. Jusqu'à ce moment elle était nulle, comme avant le Sénatusconsulte.

Justinien ne changea rien à ces principes. L'analogie entre la donation entre époux et la *donatio mortis causa* faisait hésiter sur la véritable nature de la première. Justinien dissipa ces doutes en la considérant comme une donation entre vifs et en la soumettant par suite à l'insinuation.

8. Cf. l'*oratio Antonini* qui précède la décision sénatoriale (D. *de mort. caus. donat.*, XXIV, 1, 3, et 32). Sur la portée du Sénatusconsulte, V. Cuq, *op. cit.*, p. 530.
9. Ulpien, D. *de donat. int. vir.*, XXIV, 1, 32, pr. et § 2.

CHAPITRE II

L'ANCIEN DROIT

Section I

La donation à cause de mort

La donation à cause de mort est passée dans notre Ancien Droit, mais en subissant quelques modifications. La révocabilité avait pris le pas sur la condition de survie du donataire ; c'est elle qui caractérisait la donation à cause de mort. On trouve, par exemple, dans Ferrière, cette formule : « Les donations entre vifs saisissent et sont irrévocables ; les donations à cause de mort sont révocables et ne saisissent point »[1].

Ce genre de libéralités était surtout usité dans les pays de Droit écrit, où il remplaçait le testament pour les fils de famille. Il présentait, en effet, cet avantage que les fils de famille possédant des biens adventices pouvaient en disposer ainsi avec l'autorisation du père de famille, tandis que leur incapacité ne leur

1. *Dictionnaire de droit*, V°. Donation.

permettait pas d'en disposer par testament. — Dans les pays de Coutumes, au contraire, la donation à cause de mort ne fut guère usitée que dans le cas où le donateur, se croyant en danger de mort, donnait en prévision de son décès. Du reste, leur emploi y était généralement rejeté, les auteurs coutumiers n'admettant pas qu'on pût se réserver de reprendre ce qu'on avait donné [2]. Et l'on discutait beaucoup pour déterminer dans quels cas une donation pouvait être nulle comme faite à cause de mort [3].

Cette institution devait disparaître d'assez bonne heure. Dès le XVII[e] siècle, Ricard combattait ceux qui distinguaient en la forme la donation à cause de mort et le testament [4]. Un arrêt du Parlement de Paris du 3 février 1713 jugea que celui qui dispose des biens qu'il aura au jour de son décès fait une disposition de dernière volonté, et que cette disposition est nulle si elle n'est pas faite en la forme testamentaire. La loi consacra cette jurisprudence. L'Ordonnance sur les donations de février 1731 décida, dans son article 3, que les donations à cause de mort devraient être faites désormais dans la même forme que les testaments, « en telle sorte qu'il n'y ait à l'avenir que deux formes de disposer de ses biens à titre gratuit,

2. Laurière, *Textes des coutumes de la Prévôté et Vicomté de Paris*, sous l'art. 273 de la *Coutume de Paris*.
3. Cf. les exemples donnés par Pothier, *Donations*, n° 11 et suiv.
4. *Donations*, II, n[os] 37 et suiv.

dont l'une serait celle des donations entre vifs, et l'autre celle des testaments ». Ainsi la donation à cause de mort perdait sa principale utilité.

Section II
L'institution contractuelle

L'institution contractuelle apparaît en France au XVe siècle ; elle a été fort usitée dans notre Ancien Droit. Le contrat de mariage était alors un véritable pacte de famille, dans lequel les parents inséraient des dispositions relatives à la dévolution de leur succession. L'institution contractuelle servait à garantir, d'une manière irrévocable, à l'enfant qui se mariait une part dans la succession de ses auteurs ou dans celle d'un tiers. On la rencontrait souvent sous la forme spéciale de la promesse d'égalité : le père de famille s'interdisait d'avantager ses autres enfants au détriment de celui qui se mariait. — La prohibition tacite d'aliéner résultait de la clause contenue dans le contrat de mariage, aux termes de laquelle les parents mariaient leur enfant en le déclarant leur « aîné et principal hoir ». Les jeunes filles qui épousaient des aînés de famille noble étaient ainsi protégées contre la fraude des parents qui aliénaient leurs biens de leur vivant.

La physionomie de l'institution n'a guère changé au cours des âges. Les enfants à naître du mariage

pouvaient être gratifiés en même temps que les futurs époux ; si l'époux mourait avant l'instituant, ses enfants venaient comme institués à la succession de ce dernier. La libéralité pouvait aussi ne s'adresser qu'à eux. Enfin, elle était faite souvent par l'un des futurs époux, ou par chacun d'eux, au profit de son conjoint.

Permise à titre exceptionnel en vue du mariage, l'institution contractuelle ne rencontrait pas la même défaveur que la donation entre vifs, toujours considérée avec méfiance. Elle n'était pas soumise à la nécessité de l'acceptation et ne tombait pas sous le coup de la règle *Donner et retenir ne vaut* [5].

Cependant, quelques règles différaient dans les pays de Coutumes et les pays de Droit écrit. — Dans les provinces du Midi de la France, on tendait, sous l'influence du Droit romain, à assimiler complètement les institutions contractuelles aux donations. On exagérait les droits de l'institué sur les biens faisant l'objet de la libéralité, et on restreignait dans la même mesure les droits de l'instituant. Ainsi, on tenait pour nulle toute aliénation à titre gratuit et même, en principe, à titre onéreux. Sauf certains cas exceptionnels — l'instituant voulait doter sa fille, se libérer de prison, se procurer des aliments, payer des dettes an-

5. Cf. les art. 10, 13, 17 et 18 et l'*Ordonnance de* 1731.

térieures à l'institution ou faire un acte de bonne gestion — l'institué pouvait revendiquer les biens dont le donateur s'était dessaisi.

Dans les pays de Coutumes, au contraire, on ne faisait aucune difficulté pour reconnaître à l'instituant le droit d'aliéner à titre onéreux, pourvu que l'aliénation ne fût pas frauduleuse. La plupart des auteurs permettaient même les aliénations à titre gratuit, tant qu'elles ne constituaient pas un moyen détourné d'anéantir l'institution. On faisait une application logique des principes et du but poursuivi par les parties. En effet, l'institution contractuelle a pour objet d'assurer à l'institué le droit abstrait de succession. Elle est irrévocable quant au titre d'héritier, non quant à la nature et la quantité de biens que ce dernier doit recueillir.

L'Ancien Droit accordait la saisine à l'institué comme à l'héritier légitime. C'est ce qu'indique Pothier : « L'héritier contractuel étant un vrai héritier lorsqu'il accepte la succession, il est censé saisi de même que tout autre héritier, dès l'instant de la mort de l'instituant suivant la règle : le mort saisit le vif, et il peut se mettre en possession de tous les biens qui en dépendent sans en demander aucune délivrance »[6]. Plusieurs Coutumes avaient même un un texte formel à cet égard[7].

6. Introduction au titre XVII de la *Coutume d'Orléans.*
7. *Bourbonnais,* art. 219, *Auvergne,* chap. XIV, *Nivernais,* chap. XXVII, art. 12.

On a voulu voir l'origine de l'institution contractuelle dans un mode de libéralité du Droit romain dont nous avons volontairement omis de parler dans les lignes qui précèdent. — A Rome, les militaires pouvaient faire des pactes leur permettant de se succéder les uns aux autres, ces pactes ne produisant effet que si le disposant persistait jusqu'à sa mort dans la même intention. La simple volonté du militaire était réputée testament [8]. D'après Laurière [9], nos anciens commentateurs auraient fait état de ce précédent historique pour admettre, d'abord au profit des nobles, la faculté d'instituer des héritiers par contrat. Il y avait, en effet, une certaine analogie entre les deux situations, la possession des fiefs entraînant l'obligation au service militaire. On était naturellement conduit à étendre à d'autres personnes le droit d'instituer héritier par contrat et à décider que toute personne, noble ou roturière, pouvait disposer de son hoirie par contrat de mariage.

Cette opinion ne paraît pas fondée. — C'est dans les pays de Droit écrit que l'on aurait admis d'abord l'institution contractuelle. Or, tous les auteurs sont d'accord pour convenir qu'elle fût pratiquée en premier lieu dans les pays de Coutumes. Au surplus, la convention usitée en Droit romain n'est qu'un testa-

8. Code, II, III, *de pactis*, 19.
9. *Traité des institutions et substitutions contractuelles*, nos 23 et suiv.

ment, librement révocable. Sa nature est donc essentiellement différente.

Par contre, les lois barbares ont contribué à la formation de l'institution contractuelle ; on y trouve des opérations juridiques qui aboutissaient à des résultats analogues. — Les Germains, au témoignage de Tacite [10], ne connaissaient pas le testament, tandis qu'ils avaient des moyens juridiques de se créer des héritiers par une sorte de contrat fait publiquement devant l'assemblée des guerriers. — La *thingatio* des Lombards, qui rappelle l'adoption par sa forme et ses résultats, et l'*affatomie* des Francs, qui, avec des formes différentes, procède de la même idée, sont des institutions d'héritier. Irrévocables, elles interdisent au disposant d'aliéner ses biens à titre gratuit [11]. Certes, l'*affatomie* est analogue dans ses effets à la donation entre vifs, mais la situation du disposant dans la *thingatio* est identique à celle de l'instituant puisqu'il ne peut plus faire une *thingatio* nouvelle, quoique ne s'étant pas dessaisi des biens donnés.

La féodalité trouva dans l'institution contractuelle un moyen précieux de conserver les propres dans les familles, un moyen surtout d'assurer la desserte exacte des fiefs par des successeurs choisis d'avance

10. *Germanie*, 20.
11. Brissaud, *Cours sur les Pactes successoraux dans l'Ancien Droit, et Histoire du Droit Français*, II, p. 1580.

« sous les yeux du Seigneur »[12]. Sous les lois barbares, avec la *thingatio* et l'*affatomie*, on réalisait de véritables adoptions. L'édit de Rotharis (643) interdit même aux personnes ayant des enfants d'accomplir cet acte. De même, pendant la période féodale, l'institution contractuelle ne s'employait guère que lorsque le fief risquait de tomber en déshérence ou entre les mains d'une femme. Mais, dès la décadence du régime féodal, le but de l'institution se modifie. Le plus souvent, c'est un père de famille, généralement désireux de favoriser l'aîné de ses fils, qui fait une libéralité assurant la conservation du patrimoine.

Pratiquée surtout par les nobles, par tradition féodale autant que par souci de conserver les biens dans la famille, l'institution contractuelle jouait un rôle analogue à celui des substitutions et des fidéicommis. Beaucoup de Coutumes l'admettaient avec des noms et des effets variables : *Bourbonnais*, (article 219 à 223), *Nivernais* (donations, art. 12), *Poitou*, (art. 216), *Anjou* (art. 245), *Auvergne* (chap. XV), *Marche* (art. 248 et 294), *Orléans* (art. 220), *Maine*, (art. 262), *Normandie* (art. 244). Mais, la *Coutume du Berry* l'interdisait de façon formelle. — Les Parlements de Droit écrit eux-mêmes l'avaient accueillie avec la plus grande faveur, malgré « l'ardente opposition des sectateurs du droit romain »[13].

12. Montesquieu, *Esprit des lois*, Livre XXVI, chap. XXXIV.
13. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, XXIII, n° 271.

Après la rédaction des *Coutumes de la Marche* (1521) et du *Nivernais* (1554), l'institution contractuelle fut admise expressément. Laurière remarque qu'elle fut ensuite pratiquée dans toute le royaume. Elle reçut d'ailleurs l'approbation des Ordonnances royales : celle d'Orléans (art. 56), celle de Moulins (art.57), celle de 1731 sur les donations et celle de 1743 sur les substitutions.

L'Ordonnance de 1731 a revêtu une importance particulière, car elle a eu pour but de coordonner les principes généraux de la matière. On a prétendu à tort qu'elle avait porté atteinte au droit, primordial et incontesté jusqu'alors, de favoriser l'aîné parmi les enfants à naître du mariage. La question a été discutée notamment au sujet de ce type très particulier d'institution contractuelle qu'est la donation cumulative de biens présents et à venir. L'art. 17 pose le principe de la validité de ces donations, sans en réglementer le détail. Sallèle en complète ainsi les termes un peu laconiques : « *La Coutume du Bourbonnais*, art. 219, contient les véritables règles de notre jurisprudence sur cette matière ; en voici les termes : toute donation, convention, avantages, institution d'héritier et autres choses faites en contrat de mariage, le mariage fait par paroles de présent, sont bonnes et valables, en quelques formes qu'elles soient faites, *etiam* en donnant et retenant ; soient celles dispositions ajoutées

au contrat de mariage, avant ou pendant les funérailles, réservé toutefois aux enfants leur droit de légitime [14] ». Si cette condition est respectée, les donations et avantages peuvent être ce que voudra l'instituant et, par conséquent, favoriser l'aîné. Aussi Laurière [15], étudie-t-il en même temps la donation de biens présents et à venir contenue dans le contrat de mariage en vertu de l'Ordonnance de 1731 et « la déclaration et reconnaissance d'aîné et héritier principal ». Comme sous le régime du Code, le donataire de biens présents et à venir avait le droit de s'en tenir aux biens présents [16]. L'art. 17 *in fine* de l'Ordonnance consacre cette faculté : « Il sera au choix dudit donataire de prendre les biens tels qu'ils se trouveront au jour du décès du donateur, en payant toutes les dettes et charges, même celles qui seraient postérieures à la donation, ou de s'en tenir aux biens qui existaient dans le temps qu'elle aura été faite, en payant les dettes et charges existantes audit temps » [17].

14. *L'esprit des Ordonnances et principaux Edits de Louis XV*, p. 43.

15. *Traité des institutions et substitutions contractuelles*, I, p. 243, 305 et suiv.

16. Cette facuté d'option entre les biens présents et les biens à venir était traditionnelle dans les pays coutumiers (Pothier, *Coutume d'Orléans*, introd. au titre XV). Par contre, dans les pays de Droit écrit, on voyait dans la donation cumulative une double libéralité comprenant à la fois des biens présents et des biens à venir (Furgole, *Ordonnance sur les donations*, sur l'art. 17).

17. L'Ordonnance royale de 1731 a eu la singulière fortune d'être interprétée par la Cour de cassation dans les dernières années du XIX^e^ siècle. — Un arrêt de la Chambre civile du 10 juillet 1888 (D.P. 90-1-57) a statué en effet sur l'espèce suivante. Un contrat de mariage passé en 1784 contenait une donation aux termes de laquelle les futurs

On peut conclure avec Brissaud que l'institution contractuelle « sous sa forme définitive date de l'époque féodale et coutumière, mais que le droit de ce temps a surtout utilisé les précédents germaniques »[18].

Section III
La donation entre époux

La donation entre époux a connu, dans notre Ancien Droit, les fortunes les plus diverses. — Les pays de Droit écrit étaient restés fidèles aux principes adoptés par le Droit romain dans son dernier état : les donations étaient valables, à la double condition que le donataire survécût au donateur et que ce dernier les eût confirmées par son silence[19]. Par contre, le don mutuel pendant le mariage semble avoir été inconnu, comme chez les Romains.

conjoints assuraient par préciput le tiers de leurs biens présents et à venir à l'aîné de leurs fils ou, à défaut de mâle, à l'aînée de leurs filles. Et la fille aînée, attributaire de l'avantage en question, avait renoncé aux biens à venir pour s'en tenir aux biens présents, lors du décès du père survenu après la promulgation du Code civil. La Cour de cassation a jugé que l'institution contractuelle et l'option exercée par la donataire étaient valables sous le régime de l'Ordonnance de 1731, et le demeuraient du fait de l'abrogation de la loi rétroactive du 17 nivôse an II. Elle a décidé, en outre, la réserve des autres héritiers étant respectée, que la libéralité de 1784 n'était pas contraire à l'ordre public et pouvait sortir à effet sous l'empire du Code, qui a admis l'institution contractuelle et la possibilité d'avantager un des enfants dans les limites de la quotité disponible.

18. *Histoire du Droit Français*, II, p. 1610, note 7.

19. Pothier, *Traité des donations entre mari et femme*, n° 6 ; Furgole, *Ordonnance sur les donations*, sur l'art. 46 de l'Ordonnance de 1731, I, p. 361 et suiv.

Quant aux Coutumes, elles présentaient la plus grande variété . Le don mutuel paraît avoir été admis de tout temps [20]. Il était très répandu, mais ne pouvait porter que sur les meubles et acquêts, n'était possible qu'en l'absence d'enfants et ne donnait au survivant qu'un droit d'usufruit [21]. — Par contre, la plupart des Coutumes, telles que celle de Paris, d'Orléans et de Bretagne, prohibaient la donation émanant d'un seul époux. L'interdiction visait d'ailleurs toutes les libéralités. Ainsi, l'art. 282 de la *Coutume de Paris* disait : « Homme et femme, conjoints par mariage, constant *iceluy*, ne se peuvent avantager l'un l'autre par donation entre vifs, par testament ou ordonnance de dernière volonté, ni autrement, directement, ni indirectement, en quelque manière que ce soit, sinon par don mutuel. » Nos anciens auteurs s'accordaient à en voir la raison dans le principe de la conservation des biens dans la famille. Notamment, Ferrière l'explique ainsi : « C'est le soin et le désir de conserver les biens dans les familles. Autrement les conjoints par mariage qui n'auraient pas d'enfants se donneraient tous leurs biens l'un à l'autre et feraient passer des successions opulentes dans des familles étrangères » [22].

Cependant, toutes les Coutumes n'étaient pas aussi

20. *Grand coutumier de France*, édit. Laboulaye, Liv. II, chap. 32.
21. *Coutume de Paris*, art. 280.
22. *Commentaire de la Coutume de Paris*, sur l'art. 282, § 1, n° 6.

sévères. Certaines prohibaient les avantages entre vifs, mais autorisaient les libéralités testamentaires. D'autres, peu nombreuses, autorisaient toutes les libéralités. La *Coutume d'Auvergne* permettait au mari de donner à la femme, mais défendait à la femme de donner au mari. D'autres, enfin, suivaient le système romain de la confirmation par le décès du donateur.

Ce dernier système persista dans les pays de Droit écrit, après l'Ordonnance de 1731, ainsi qu'il apparaît à la lecture de l'art. 40 des réponses faites par le Parlement de Toulouse aux questions posées par le chancelier d'Aguesseau [23].

23. Pothier, *Traité des donations entre mari et femme*, n° 7,

CHAPITRE III

LE DROIT INTERMÉDIAIRE

L'institution contractuelle fut durement frappée par la législation révolutionnaire, à raison de ses origines féodales, de la faveur qu'elle avait rencontrée sous l'Ancien Régime, et aussi de la facilité qu'elle donnait pour conserver les grandes fortunes ou favoriser l'aîné des enfants.

L'institution émanant d'un tiers — de beaucoup la plus fréquente — fut abolie par les lois des 6 mars 1793 et 17 nivôse an II. Cette dernière loi déclara nulles les institutions contractuelles, faites depuis le 14 juillet 1789, dont l'auteur était encore vivant. Devant les difficultés pratiques, les lois des 9 fructidor an III et 18 pluviôse an V supprimèrent les effets rétroactifs de la loi de nivôse. Mais la prohibition subsista, et fut formellement maintenue par la loi du 4 germinal an VIII.

Au contraire, l'institution contractuelle resta permise entre futurs époux et entre époux (art. 13 et 14

de la loi de nivôse). Ces textes, assez obscurs, furent interprétés par la Jurisprudence comme ayant autorisé ces donations, mais en leur attribuant un caractère irrévocable [1].

1. Civ., 22 mars 1841, D.P. 41-1-193.

Titre premier

Le principe général de la prohibition de la donation de biens à venir

CHAPITRE I

LE PRINCIPE GÉNÉRAL DE LA PROHIBITION. MOTIFS QUI L'ONT INSPIRÉE

On sait que l'art. 893 du Code civil a abrogé implicitement la donation à cause de mort en décidant qu'« on ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre vifs ou par testament ».

Le législateur de 1804 a prohibé en règle générale la donation de biens à venir. L'art. 943 du Code sanctionne cette prohibition par une nullité : « La donation entre vifs ne pourra comprendre que les biens présentis du donateur ; si elle comprend des biens à venir

elle sera nulle à cet égard ». L'Ordonnance de 1731 était encore plus rigoureuse : elle annulait pour le tout la donation portant à la fois sur les biens à venir et sur les biens présents, alors même que le donataire avait été mis en possession de ces derniers (art. 15).

C'est qu'en effet la donation de biens à venir déroge à trois principes, parmi les plus importants de notre Droit :

1° Elle enfreint la règle *Donner et retenir ne vaut*, qui édicte l'irrévocabilité des donations.

2° Elle contrevient à l'interdiction des pactes sur succession future, qui défend à une personne de disposer de sa succession par contrat.

3° Elle contient enfin une exception à la règle qui dispose qu'il faut être conçu au moment de la donation pour être capable d'en bénéficier. En effet, le tiers qui fait une institution contractuelle dans un contrat de mariage à la faculté de gratifier les enfants qui naîtront du mariage (art. 1082 Civ.).

Pothier l'avait déjà condamnée en ces termes : « Cette donation pèche et par le défaut de tradition, puisque le donateur ne peut pas se dessaisir de ce qu'il n'a pas encore, et par le défaut d'irrévocabilité, car étant en la liberté du donateur d'acquérir ou de ne pas acquérir des biens, il demeurerait en sa liberté de donner ou de ne pas donner d'effet à la donation »[1].

1. *Des donations*, n° 80.

Section I

La règle « Donner et retenir ne vaut ».

La règle *Donner et retenir ne vaut* a son origine dans l'Ancien Droit. Elle avait un double sens que précise l'art. 274 de la *Coutume de Paris* : « C'est donner et retenir quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose par lui donnée, ou qu'il demeure en possession jusqu'au jour de son décès ». Ainsi, le donateur devait faire tradition de la chose donnée ; s'il la retenait en sa possession jusqu'à sa mort, la donation était nulle, et l'exécution ne pouvait en être exigée de ses héritiers. D'autre part, la donation devait être irrévocable : le donateur n'avait pas le droit de se réserver dans l'acte la faculté de reprendre postérieurement, par un nouvel acte de volonté, les biens qu'il avait donnés.

Le premier effet de la maxime a été emprunté, semblet-t-il, au Droit Romain [2], qui voyait dans la donation un simple pacte et refusait de lui reconnaître la force obligatoire des contrats. Le second n'a dû apparaître qu'au XVI[e] siècle ; il est venu renforcer le premier devenu presque illusoire.

La règle *Donner et retenir ne vaut* était trop conforme aux tendances constantes de notre Droit pour n'être

2. Code Théodosien, livre VIII, titre 12, *de Donationibus*, loi 1.

pas maintenue. La liberté des donations facilite la captation et la fraude ; aussi a-t-on essayé de tous temps de la restreindre ou du moins d'entourer ces libéralités d'une publicité souvent gênante. Une considération sociale s'ajoutait, sous l'Ancien Régime, à ces préoccupations d'ordre général. Les donations faisaient échec au principe de la conservation des biens dans la famille et permettaient de dépouiller les héritiers du sang ; car la réserve coutumière ne protégeait ceux-ci que contre les libéralités testamentaires.

On n'avait pas voulu porter atteinte à la faculté de donner qui était considérée comme de droit naturel. Mais on cherchait à en limiter l'usage, en se montrant exigeant à l'égard du donateur dans le but de le contraindre à réfléchir avant de se décider à donner. Ce souci du législateur est attesté par Pothier : « Comme on ne pouvait justement dépouiller les particuliers du droit que chacun a naturellement de disposer de ce qui est à lui, et par conséquent de donner entre vifs, nos lois ont jugé à propos, en conservant aux particuliers ce droit, de mettre néanmoins un frein qui leur en rendit l'exercice plus difficile. C'est pour cela qu'elles ont ordonné qu'aucun ne pût valablement donner, qu'il ne se dessaisît, dès le temps de la donation, de la chose donnée, et qu'il ne se privât pour toujours de la faculté d'en disposer, afin que l'attache naturelle qu'on a à ce qu'on possède, et l'éloignement qu'on a

pour le dépouillement, détournât les particuliers de donner »[3].

A la différence des autres conventions qu'un simple accord de volontés suffisait à rendre obligatoires, la donation n'était parfaite que si elle s'accompagnait d'un dessaisissement effectif. Aussi Laurière a-t-il pu dire : « Le sens de cette règle est que ce n'est pas donner que de retenir la chose donnée, et de n'en pas faire la tradition »[4].

La mesure était sage pour éviter l'abus des libéralités entre vifs. Mais elle perdit presque toute son efficacité, puisqu'on cessa d'exiger une remise effective de la chose. Certaines Coutumes demeurèrent fidèles au principe ancien de la tradition réelle. Mais plusieurs autres, et en particulier celles de Paris (art. 275), d'Orléans (art. 284) et de Normandie (art. 446) se contentèrent de bonne heure d'une tradition feinte. Grâce à une interversion de titre, le donateur pouvait conserver l'usufruit des biens donnés sa vie durant, ou les détenir à titre précaire, en vertu d'un contrat de louage par exemple[5].

D'où l'apparition au début du XVI^e^ siècle de la seconde entrave apportée au principe de la liberté des donations entre vifs : l'irrévocabilité rigoureuse de ce type de libéralités. La tradition ne jouait plus qu'un

3. *Des donations,* n° 65.
4. Notes sur les *Institutes coutumières* de Loysel, n° 659.
5. Cf. Pothier, *Des donations,* n° 74 et suiv.

rôle insuffisant. L'irrévocabilité vient s'y ajouter, en sorte que le sens et la portée de la maxime *Donner et retenir ne vaut* sont sensiblement modifiés. Elle signifie désormais, suivant la formule de MM. Colin et Capitant, que « la donation, pour être valable, doit être telle que le donateur ne se soit dans l'acte, et au moyen de quelque clause que ce soit, réservé aucun moyen de détruire, ni même d'altérer le moins du monde l'effet de la donation »[6].

Le disposant n'était plus astreint à livrer immédiatement la chose donnée. Mais il devait se dépouiller irrévocablement et sans esprit de retour de la propriété de la chose. En somme, un transfert juridique définitif venait remplacer le dessaisissement matériel qu'exigeait le Droit Romain. Toutes les clauses qui ménageaient une rétractation éventuelle de l'intention libérale du donateur étaient frappées de nullité.

Les conséquences de la nouvelle interprétation de la règle coutumière sont énumérées par Pothier[7]. La matière a d'ailleurs fait l'objet d'une réglementation détaillée contenue dans les art. 15 et 16 de l'Ordondonnance de 1731.

Certes, des modalités importantes étaient encore permises au donateur. Ainsi la donation avec réserve d'usufruit était autorisée, car elle ne porte pas atteinte

6. Cours élém. de Droit civil, III, p. 782.
7. Pothier, *Des donations*, n° 80 et suiv.

à l'irrévocabilité de la donation de la nue propriété. On pouvait aussi stipuler un droit de retour au cas de prédécès du donataire, car il s'agit là d'une condition résolutoire casuelle, tout à fait indépendante de la volonté du disposant.

Par contre, la règle *Donner et retenir ne vaut* avait pour résultat de faire considérer comme nulles : la donation de biens à venir (sauf les exceptions admises en faveur du mariage), la donation sous condition potestative, la donation avec charge de payer les dettes futures du donateur, et la donation sous réserve du droit de disposer des choses données.

Le Code civil a écarté l'obligation imposée au donataire de faire tradition réelle des objets donnés. Les termes de l'art. 938 sont des plus explicites : « La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties ; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu'il soit besoin d'autre tradition ». Le principe de l'irrévocabilité est, au contraire, maintenu par l'art. 894 qui décide que le donateur doit se dépouiller actuellement et irrévocablement. Et les art. 943 à 946 frappent de nullité les mêmes conventions que celles que prohibait l'Ancien Droit.

Cependant, la plupart des considérations qui ont présidé à l'élaboration de la maxime *Donner et retenir ne vaut* ne peuvent plus être invoquées de nos jours.

L'intérêt de la famille est insuffisant à justifier l'irrévocabilité. Car le souci de la conservation des biens n'a pas survécu à l'état politique et social qui l'avait inspiré. Et les règles de la réserve assurent une protection efficace contre toutes les libéralités excessives, entre vifs comme à cause de mort.

Peut-être le législateur de 1804 a-t-il voulu assurer la stabilité de la propriété et favoriser le crédit en restreignant le plus possible le droit de révocation, qu rend fragile la situation des donataires et peut paralyser leur activité économique. Plus vraisemblablement, il a eu le désir de protéger le donateur contre ses propres entraînements en l'invitant à se livrer à une réflexion salutaire. Et il n'a pas osé rompre avec une très ancienne tradition du Droit coutumier.

Notre législation, qui reconnaît que la donation est un contrat, a créé pour ce genre de libéralités une irrévocabilité plus rigoureuse que pour les autres contrats. Certes, toute convention est irrévocable en ce sens qu'une fois conclue elle s'impose à tous ceux qui y sont participé et ne peut plus être détruite par la volonté d'un seul. Le *mutuus dissensus* peut seul anéantir ce que le *mutuus consensus* a réalisé. Mais cette irrévocabilité, fondée sur la volonté présumée des parties, a des limites. Les contractants peuvent réserver à l'un d'eux le moyen de rompre le contrat : il leur suffit de stipuler une clause de dédit. Ils peuvent aussi su-

bordonner l'effet de la convention à l'accomplissement d'une condition qui dépend de la volonté de l'une des parties.

Or, ces clauses réservant une certaine faculté de révocation sont prohibées dans les donations. Tout ce qui pourrait permettre au donateur un retour de volonté est écarté ; il ne peut se réserver aucun moyen, direct ou indirect, de reprendre ce qu'il a donné. Les restrictions à la liberté de donner sont considérablement accrues depuis la règle romaine qui se bornait à annuler la donation que le disposant n'avait pas exécutée de son vivant.

Section II

Prohibition des pactes sur succession future.

La loi ne permet pas que les particuliers fassent des conventions sur des successions non encore ouvertes. La prohibition est très générale ; le Code interdit tous les contrats relatifs à une succession future.

Le principe général est posé par l'art. 1130 du Code civil, aux termes duquel on ne peut « renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit ». Il est appliqué spécialement à la renonciation par l'art. 791, et à la vente par l'art. 1600. L'art. 1389 renouvelle

ces prohibitions à propos du contrat de mariage ; il précise que les futurs époux « ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions, soit par rapport à eux-mêmes dans la succession de leurs enfants ou descendants, soit par rapport à leurs enfants entre eux ».

Les contrats atteints par la prohibition des pactes sur succession future peuvent être classés en deux groupes, suivant leur objet, car les préoccupations du législateur sont aussi différentes que les mobiles qui inspirent les parties.

On distingue d'abord les pactes sur la succession d'autrui. Ce sont tous ceux par lesquels un héritier présomptif dispose de ses droits éventuels dans la succession d'une personne vivante, qu'il s'agisse d'un contrat passé avec un étranger ou d'une convention conclue avec un des futurs cohéritiers du contractant. Ces pactes sont considérés comme désavantageux au point de vue économique, parce qu'ils émanent en général d'un héritier dénué de ressources que les circonstances acculent à des opérations préjudiciables à ses intérêts ; comme immoraux, parce qu'ils impliquent un *votum mortis* ; enfin comme dangereux, parce que les parties ont intérêt à voir disparaître au plus tôt la personne dont la succession fait l'objet de la spéculation. — Nous n'avons pas à nous étendre plus

longuement sur ces conventions, car elles sont étrangères à notre matière.

Le second groupe comprend les pactes par lesquels une personne règle à l'avance sa propre succession. Le type en est l'institution contractuelle d'héritier, soit simple, soit réciproque. Ces conventions ont été très employées dans notre Ancien Droit ; c'est qu'elles présentent une incontestable utilité et sont de nature à éviter bien des difficultés inhérentes au partage. Elles sont cependant prohibées, lorsqu'elles n'interviennent pas par contrat de mariage, ou entre époux. On a voulu sauvegarder la liberté de disposition à cause de mort, même contre la volonté du disposant. Celui-ci ne peut régler le sort de son patrimoine qu'au moyen de l'acte unilatéral et toujours révocable qu'est le testament.

Et c'est une nullité d'ordre public qui sanctionne toute infraction à la règle de la prohibition des pactes sur succession future. Car le législateur a voulu soustraire les successions non ouvertes à toute espèce de transactions. Il a écarté la distinction faite par Justinien [8] et passée dans l'Ancien Droit, en vertu de laquelle les conventions de ce genre cessaient d'être nulles lorsqu'elles avaient reçu l'approbation du *de cujus*.

8. Code, II, 3, *de pactis*, 30.

Section III

Interdiction de gratifier les personnes futures.

Le principe que les personnes non encore conçues sont incapables de recevoir des libéralités est posé par l'art. 906 du Code civil. Ce texte stipule en particulier que « pour être capable de recevoir entre vifs, il faut être conçu au moment de la donation ».

C'est qu'en effet la donation entre vifs suppose un accord de volontés, qui n'est pas possible lorsque le donataire n'est pas conçu et n'a donc pas de représentant légal.

Cette règle rigoureuse est conforme à la logique juridique. Mais elle ne répond pas à une utilité réelle et restreint singulièrement le droit de libre disposition du donateur. Aussi a-t-elle souffert des exceptions dès l'Ancien Droit. Les auteurs coutumiers n'ont jamais mis en doute la validité d'une donation à un enfant non conçu faite par contrat de mariage. Ils allèrent jusqu'à admettre la pratique dite des stipulations notariales. Même en dehors de tout mariage, l'intervention d'un notaire permettait de faire des donations à des personnes futures. Le notaire était considéré comme stipulant et acceptant pour le compte de l'enfant à naître [9].

9. Lambert, *Du contrat en faveur des tiers*, sur *la Stipulation pour autrui*, 2e partie, § 176.

Mais on ne tarda pas à réagir contre ces donations faites par un acte unilatéral. François Hotman fit observer qu'on ne concevait pas un contrat dans lequel un des contractants n'existe pas : *deest persona cum qua ulla conventio intercedat.* L'Ordonnance de Villers-Cotterets de 1539 (art. 133) et l'Ordonnance sur les donations de 1731 (art. 5) décidèrent que la donation n'aurait effet qu'à partir du jour où elle aurait été réellement acceptée par le donataire lui-même.

La prohibition édictée par le Code est formelle (sauf les dérogations admises en matière d'institutions contractuelles et de substitutions permises), qu'il s'agisse de donations ou de testaments. Et il n'est pas possible de l'éluder en insérant dans la donation la condition *si nascatur*, qui était fréquemment employée dans l'Ancien Droit pour permettre aux personnes futures de bénéficier d'institutions conditionnelles [10]. La loi exige la capacité actuelle du bénéficiaire à l'époque de la donation, sans distinguer entre les libéralités conditionnelles et celles qui sont pures et simples. Ici encore, le législateur de 1804 a maintenu la règle instaurée par l'Ordonnance de 1731.

10. Cf. Boniface, *Arrêts du Parlement de Provence*, tome II, livre I, titre 8, ch. 2, arrêt du 24 mars 1665.

CHAPITRE II

L'INTERPRÉTATION JURISPRUDENTIELLE. TENDANCE GÉNÉRALE ET PORTÉE PRATIQUE

Nous avons vu que la donation de biens à venir portait une grave atteinte à la règle de l'irrévocabilité des donations entre vifs. Avant d'examiner les solutions admises par les arrêts, en ce qui a trait à la prohibition des donations de biens à venir, il est intéressant de noter l'interprétation générale donnée par la Jurisprudence à la maxime *Donner et retenir ne vaut*, d'une part, et à la prohibition des donations à cause de mort, d'autre part.

Section I

Application de la règle « Donner et retenir ne vaut »

Dans une matière très voisine de la nôtre, celle des donations sous condition potestative, les Tribunaux ont une tendance très nette à favoriser le plus possible le droit de libre disposition des donateurs.

On sait que les conditions potestatives peuvent être rangées en trois groupes : les conditions purement potestatives, qui dépendent d'une simple manifestation de volonté de l'une des parties contractantes, ici le donateur ; les conditions simplement potestatives, qui supposent l'exécution d'un fait à accomplir par le donateur et dépendant de lui seul ; et les conditions mixtes, qui sont subordonnées à la fois à la volonté du donateur et à celle d'un tiers.

Lorsque l'art. 944 Civ. parle des « conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur », il désigne à la fois les conditions purement potestatives et les conditions potestatives ordinaires, et déroge en cela au droit commun des contrats. Par contre, il ne vise pas les conditions mixtes.

La Jurisprudence interprète ce texte dans un esprit favorable à la validité des donations. Et cependant la loi est rigoureuse, qui annule la donation, au lieu de réputer la condition illicite non écrite par application de l'art. 900.

Des arrêts ont annulé des donations dont l'auteur avait stipulé qu'elles seraient résolues s'il se mariait, ou s'il abandonnait la vie religieuse [1]. Une décision a déclaré nulle une donation à exécuter au décès du donateur, au profit d'une domestique, si celle-ci,

1. Civ. 14 novembre 1883, D.P., 84-1-73.

était encore à son service à ce moment ; il ne dépendait en effet que de la volonté du maître de faire tomber la donation en congédiant sa servante. — Ces espèces ne pouvaient guère prêter à discussion.

Il a été jugé, à l'inverse, qu'une donation par contrat de mariage, faite par l'un des futurs époux aux enfants de l'autre, pouvait être subordonnée à la réalisation du mariage [2]. Or il est bien évident que l'exécution d'une telle condition suppose le concours d'une volonté autre que celle du donateur. Mais, tandis que le futur conjoint du donateur ne peut pas la réaliser à lui seul, il dépend au contraire de ce dernier de rendre la donation caduque par sa seule volonté en rompant le projet de mariage.

Il a même été décidé qu'un donateur pouvait convenir avec le donataire que les biens donnés lui seraient restitués à la première réclamation dans une circonstance prévue. On a estimé en effet, non sans quelque hardiesse, qu'il résultait de l'ensemble de l'acte et de l'interprétation de l'intention des parties que le donataire n'avait pas entendu prendre à cet égard un engagement civilement obligatoire [3].

2. Civ. 30 août 1880, D.P., 80-1-464 ; Douai, 25 mai 1881 ; S., 83-2-215. — Contra : Orléans, 17 janv. 1846, D.P., 46-2-203.
3. Civ., 14 novembre 1883, D.P., 84-1-73.

Section II

Application de la prohibition des donations à cause de mort.

L'étude de la Jurisprudence montre aussi que, si la donation à cause de mort n'est plus considérée comme licite par notre législation, certaines clauses sont autorisées qui permettent au donateur d'obtenir un résultat sensiblement équivalent.

L'art. 951 valide la clause de réversion ou de retour conventionnel au cas de prédécès du donataire. Elle a pour effet de résoudre la donation et d'entraîner la restitution des biens au donateur, si le donataire meurt avant lui. Et elle est admise d'une manière très libérale, puisqu'elle peut jouer, soit si le donataire et ses descendants prédécèdent, soit même si le donataire meurt avant son auteur en laissant des enfants.

Il est encore permis au donateur de faire une donation en vue de sa mort prochaine et de convenir que les biens donnés lui seront restitués s'il échappe au péril qu'il entrevoit.

En effet, ni la clause de retour conventionnel, ni la condition résolutoire de survie ne dérogent à la règle *Donner et retenir ne vaut*. Elles constituent l'une et l'autre des conditions casuelles, et la volonté du disposant n'a aucune influence sur leur réalisation.

Le problème de la validité des donations faites sous

condition suspensive du décès est plus délicat. L'hypothèse est la suivante : le donateur fait insérer dans l'acte une clause qui stipule que l'effet de la libéralité est subordonné à l'événement de sa mort dans une circonstance déterminée. L'analogie d'une telle donation avec l'ancienne donation à cause de mort n'est pas contestable

Aussi n'est-il pas étonnant que plusieurs arrêts aient annulé des dons manuels soumis à la condition du décès, refusant de leur reconnaître un autre caractère que celui d'une donation *mortis causa*. — C'est ainsi que la Cour de Bordeaux [4] a annulé le don manuel d'une somme d'argent, fait par un disposant à son lit de mort, sous la condition que le donataire n'en disposerait pas avant son décès. De même, la Cour de Lyon [5] a déclaré nul le don manuel de valeurs mobilières fait par une personne malade, à la condition que ces valeurs lui seraient rendues si elle recouvrait la santé.

La formule du premier arrêt caractérise bien cette tendance : « Attendu que, si on peut, à la veille de la mort, faire encore une donation entre vifs et en subordonner l'effet à une condition suspensive ou résolutoire, la condition qu'elle ne sera définitive qu'au décès du donateur, ou qu'elle demeurera non avenue s'il revient à la santé, est par elle-même exclusive de l'in-

4. 8 août 1853, D.P., 54-2-81.
5. 5 janvier 1891, D.P., 92-2-508.

tention de donner entre vifs et caractéristique d'une donation à cause de mort ».

Comme on le voit, cette Jurisprudence s'attache essentiellement à la pensée du donateur que sa mort est prochaine. Et, dans le doute, elle admet l'existence d'une donation à cause de mort plutôt que de présumer qu'il s'agit d'une donation entre vifs sous condition suspensive.

La Cour de Nîmes [6] a également annulé un don manuel fait par un malade sous la réserve de restitution en cas de retour à la santé. Et sa décision, approuvée par l'annotateur, est plus fortement motivée que les précédentes. Elle déclare que le don manuel est valable même lorsqu'il est fait aux approches de la mort et porte sur la nue propriété de titres remis au donataire. Mais elle ajoute qu'il est essentiel, pour qu'il demeure valable et ne dégénère pas en donation à cause de mort, qu'il entraîne pour le donateur un dessaisissement actuel et irrévocable. De la sorte, la transmission de propriété immédiate et définitive révèlerait seule l'intention actuelle de donner. La stipulation de restitution éventuelle transformerait les droits du donataire en ceux d'un simple dépositaire.

Cette interprétation, trop rigoureuse, est justement critiquée par la majorité des auteurs. On fait observer en effet que la donation à cause de mort n'est prohibée

6. 16 novembre 1903, S., 1906-2-105 et note Hémard.

que parce qu'elle contrevient au principe de l'irrévocabilité des libéralités entre vifs. La condition suspensive du prédécès est une condition casuelle, valable en soi, et une donation assortie d'une condition de ce genre est permise pourvu que le donateur ne se soit pas réservé le droit de révocation.

C'est la solution à laquelle se rallie la Cour de cassation [7]. Elle a jugé [8] que la disposition par laquelle un individu, en prévision de sa mort, confie à sa fille des titres de rente pour se les partager, après lui, avec trois de ses frères à l'exclusion d'un quatrième, constituait une donation à cause de mort prohibée par l'art. 893 du Code civil. Mais l'arrêt est motivé par cette considération essentielle que le disposant n'avait pas l'intention de se dessaisir irrévocablement des titres et entendait se réserver éventuellement le droit de les reprendre. La distinction admise par la Cour Suprême n'est plus guère discutée aujourd'hui. Il n'est pas douteux qu'elle restreint dans une large mesure la portée de la prohibition des donations à cause de mort.

Section III

Application de la prohibition des donations de biens à venir.

L'interprétation de l'art. 943 du Code civil qui interdit, en règle générale, la donation de biens à venir,

7. Civ. 8 novembre 1886, D.P., 87-1-487 ; Req. 14 mai 1900, D.P., 1900-1-358.
8. Req. 14 mai 1900, D.P., 1900-1-358.

soulève une question beaucoup plus embarrassante : celle de la validité des donations de sommes payables au décès du donateur ou à prendre sur sa succession.

§ 1. — *La donation de sommes payables au décès du donateur.*

Les formules employées pour réaliser ce type de libéralités peuvent être rangées en deux groupes :

1°. La somme est déclarée « à prendre sur les biens de la succession » ou « sur les plus clairs deniers que le donateur laissera ».

2°. La somme est dite « payable au décès du donateur » ou « après le décès du donateur. »

En présence de l'une ou l'autre de ces clauses, il convient de se demander s'il s'agit d'une donation de bien présent ou d'une donation de bien à venir, la première étant licite et la seconde prohibée.

Au premier cas, la donation a pour effet de créer un droit de créance ordinaire, dont seule l'exigibilité est retardée jusqu'au décès du débiteur. Le donataire acquiert tous les droits d'un créancier : il peut obtenir une hypothèque en garantie de sa créance, prendre des mesures conservatoires, invoquer la déchéance du terme ; il possède enfin une action contre les héritiers. Si le donateur meurt insolvable, le donataire concourt avec les créanciers chirographaires, à moins qu'une constitution d'hypothèque lui confère un droit de préférence à leur encontre.

Si, au contraire, la libéralité est une donation de bien à venir, elle ne donne au donataire qu'un droit éventuel à exercer, à titre de successible, contre la succession future du disposant.

Le principe de solution admis par la Jurisprudence et approuvé par la très grande majorité des auteurs peut s'énoncer ainsi : il appartient aux juges du fait d'interpréter souverainement l'intention du donateur et de déterminer le caractère de la donation, sans s'en tenir exclusivement aux termes employés.

Le juge doit rechercher si le donateur a eu l'intention de se dessaisir actuellement en conférant au donataire un droit de créance irrévocable dont l'exigibilité seule est reportée à l'époque de son décès, ou s'il n'a entendu attribuer au gratifié qu'un simple droit éventuel sans contracter aucune obligation actuelle. La condition suspensive du décès n'empêche pas, par elle-même, la transmission irrévocable du droit qui fait l'objet de la libéralité ; il en résulte seulement que l'exécution de la donation n'est pas immédiate. La libéralité est valable, pourvu que le donateur ne se soit pas réservé le droit de révocation.

« Attendu, dit en effet la Cour de cassation [9], que la donation d'une somme d'argent payable après le décès du donateur peut être, selon les circonstances,

9. Civ. 18 nov. 1861 ; D.P., 61-1-465.

soit une donation à cause de mort, si le donateur n'a pas entendu s'obliger actuellement, mais laisser seulement au gratifié une éventualité sur sa succession future, soit une donation entre vifs, si le donateur a entendu s'obliger actuellement et irrévocablement, constituer une créance contre lui, dont l'exigibilité seulement serait reportée après son décès ».

L'intention du donateur de se dessaisir actuellement peut s'induire d'une des clauses suivantes : réserve d'usufruit, stipulation du droit de retour, affectation hypothécaire de biens présents, engagement de payer dès la passation de l'acte les intérêts de la somme donnée.

C'est ainsi qu'il a été jugé que le caractère de dessaisissement irrévocable résulte de la constitution d'une hypothèque en garantie du paiement [10] ; de la réserve d'usufruit stipulée au profit du disposant [11] ; de la clause stipulant que la somme donnée sera productive d'intérêts jusqu'au décès du donateur [12] ou sera affectée au service d'une rente annuelle [13] ; de la délégation d'une créance actuelle pour sûreté de paie-

10. Civ. 6 août 1827, Jur. Gén. Dalloz, v° Disposition entre vifs, n° 1349 ; Besançon, 15 mai 1854, D.P., 56-2-238.
11. Civ. 10 mars 1851, D.P., 51-1-112 ; Req. 28 février 1865, D.P., 65-1-221.
12. Req. 22 avril 1817, Jur. gén. Dalloz, v° Dispositions entre vifs, n° 1349 ; Besançon, 15 mai 1854, D.P., 56-2-238.
13. Chambres réunies, 8 décembre 1831, D.P., 32-1-20.

ment [14] ; de la stipulation du droit de retour au cas de prédécès du donataire [15].

Ces solutions ne sont guère discutables. Mais les Tribunaux sont allés beaucoup plus loin en validant des donations de sommes que n'accompagnait aucune de ces clauses. L'intention du donateur est alors bien difficile à découvrir, et le choix des termes employés est un critérium fort incertain. Aussi bien rencontre-t-on les formules les plus diverses.

Parfois, le disposant s'efforce de préciser sa pensée, par exemple en déclarant « faire donation entre vifs actuelle et irrévocable avec toute dispense de rapport » d'une somme stipulée payable par sa succession dans un délai déterminé après son décès [16]. Le plus souvent, les expressions sont d'une concision embarrassante : donation d'une somme d'argent « payable après le décès du donateur [17] », « à prendre au décès du donateur » [18], « exigible au décès du donateur » [19], « à prendre sur le plus clair de la succession » [20], ou encore donation déguisée sous la forme d'une reconnaissance de dette « stipulée payable par la succession du donateur après le décès de celui-ci » [21].

14. Req. 22 avril 1817, Jur. gén. Dalloz, v° Dispositions entre vifs, n° 1349 ; Req. 22 janvier 1886, D.P., 86-1-442.
15. Civ. 6 août 1827, Jur. gén. Dalloz, v° Dispositions entre vifs, n° 1349, Civ., 28 janvier 1839, D.P., 39-1-74.
16. Caen, 5 mars 1879, S., 80-2-68.
17. Bordeaux, 5 juillet 1839, D.P., 41-2-18.
18. Civ. 26 juin 1849, D.P., 49-1-272.
19. Civ. 10 mars 1851, D.P., 51-1-112.
20. Lyon, 22 février 1893, D.P., 94-2-490.
21. Req. 3 décembre 1878, D.P., 79-1-271.

La Jurisprudence valide presque toujours les donations de sommes payables au décès du donateur ou à prendre sur sa succession, et les recueils d'arrêts ne contiennent, à notre connaissance du moins, aucune décision annulant une libéralité de ce genre. Si le principe de solution tiré de l'irrévocabilité des libéralités entre vifs est juste, l'application qui en est faite est trop libérale. Il semble que les Tribunaux se livrent à une interprétation quelque peu systématique de l'intention du donateur, ce qui a pour effet de restreindre de façon singulière la portée de l'art. 943 du Code civil.

La donation de sommes payables au décès est une libéralité d'un type tout spécial, à raison de son objet. Lors même que le donataire est investi d'un droit de créance irrévocable, le donateur reste maître de le dépouiller en disposant ultérieurement de son patrimoine. Et son pouvoir de disposition est entier, puisque la chose donnée, consistant en une somme d'argent, n'est pas individuellement déterminée. L'exécution de la libéralité dépend nécessairement de la solvabilité du disposant au moment de son décès, ce qui atténue beaucoup les effets de l'irrévocabilité.

§ 2. — *Concours de donations de sommes payables au décès.*

Une question des plus délicates se pose ici : comment déterminer les droits respectifs des donataires suc-

cessifs, lorsque le donateur a fait, à des dates différentes, plusieurs donations de sommes payables à son décès ?

Pas de difficultés dans les rapports des donataires avec les créanciers proprement dits : la loi du concours doit être appliquée. Tous les donataires sont considérés comme un créancier unique, et on calcule le prorata qui doit revenir à cette créance globale dans la distribution.

Mais il est moins facile de décider comment cette somme, supposée insuffisante à remplir tous les donataires de leurs droits, sera répartie entre eux. Deux solutions sont possibles : faire jouer encore la loi du concours, ou établir un ordre de préférence en favorisant les libéralités les plus anciennes.

La première solution semble naturelle, puisqu'on se trouve en présence de créances de même nature, affectées des mêmes modalités. Mais elle paraît peu conforme à la règle *Donner et retenir ne vaut*, car la seconde donation porte atteinte aux droits du premier donataire et permet ainsi au donateur de révoquer partiellement la première libéralité.

Aussi la Jurisprudence décide-t-elle que les donataires de sommes doivent être payés par ordre de date et non au marc le franc [22]. Le fait que le donateur a

22. Req. 7 mars 1860, D.P. 60-1-153 ; Caen, 5 mars 1879, S., 80-2-68.. Lyon, 22 février 1893, D.P. 94-2-490.

garanti une de ces créances par une constitution d'hypothèque ne confère au bénéficiaire aucun droit de préférence à l'encontre des donataires antérieurs [23].

Il est intéressant de reproduire les motifs de l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 7 mars 1860: «Attendu, en droit, que si, entre les créanciers d'un même débiteur, le droit de préférence sur le prix des immeubles de celui-ci s'établit par les privilèges et hypothèques inscrits, la préférence, entre les donataires de sommes payables après le décès du donateur, résulte de la priorité de date des donations entre vifs ; qu'en effet, d'après l'art. 923, C. nap., la réduction des donations qui excèdent la quotité disponible s'opère en remontant des dernières aux plus anciennes ; que cette règle doit être la même pour le cas où, comme dans l'espèce, le donateur n'ayant pas d'héritier à réserve a fait des donations de sommes payables après son décès, qui excèdent les forces de ses biens ; que l'hypothèque, consentie par le donateur sur ses biens immeubles pour assurer le paiement de la somme donnée, exigible seulement après son décès, ne peut créer un droit de préférence au préjudice des donations antérieures de sommes payables aussi après le décès du donateur ; que, s'il en était autrement, il dépendrait du donateur de rendre illusoires les donations qu'il aurait précé-

23. Req. 7 mars 1860, D.P. 60-1-153.

demment faites sans affectation hypothécaire et de révoquer ainsi à son gré des donations que la loi déclare irrévocables ; que, d'ailleurs, l'hypothèque n'est qu'un accessoire du contrat, et, si le donateur a épuisé la valeur de ses biens par des donations entre vifs antérieures à celle qu'il a faite avec affectation d'hypothèque, cette donation ne devant produire aucun effet, puisque le donateur ne pouvait disposer de ce qui ne lui appartenait plus, l'hypothèque cessait d'avoir une existence utile ; — Attendu que si, au cas d'une institution contractuelle, le donateur ne peut plus disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques à titre de récompense ou autrement, à plus forte raison le donateur ne peut faire de dispositions gratuites qui auraient pour résultat d'absorber, en tout ou en partie, les sommes qui font l'objet d'une précédente donation entre vifs ».

***

Cette thèse paraît solide. Or, elle est loin de rencontrer un assentiment unanime [24]. — On objecte que le donataire, n'ayant que les droits d'un créancier, ne peut se plaindre des actes de disposition émanés du

24. Cf. notamment : Bonnet, Des donations avec terme, *Revue critique*, 1860, p. 413, et suiv ; Bauby, Donations de sommes payables à terme, *Revue pratique*, 1862, p. 5 et ss. — Contra, Planiol et Ripert, *Traité pratique de droit civil français*, V, n° 442, p. 450.

donateur ou des obligations consenties par lui, à moins qu'il y ait fraude à sa propre créance. Ces actes de disposition ou ces obligations lui sont opposables, que la cause en soit gratuite ou non. L'antériorité de la donation de sommes est indifférente, le donateur restant maître de se rendre insolvable pourvu qu'il n'y ait pas fraude. D'ailleurs, l'efficacité de la libéralité ne dépend pas de la volonté du disposant puisque, dans le cas où celui-ci se rend insolvable, le donataire a une action contre l'héritier solvable qui a accepté purement et simplement la succession.

L'arrêt précité décide que le premier donataire l'emporte par la force virtuelle de son titre sur le second, qui ne saurait venir à contribution avec lui. L'affectation hypothécaire consentie au profit du donataire postérieur n'est qu'un accessoire de son droit et n'en modifie ni la nature, ni le rang.

L'arrêt ajoute que le droit de créance du donataire est soumis à des règles particulières qui découlent du caractère d'irrévocabilité commun à toutes les donations entre vifs. L'art. 923 du Code civil, qui prescrit de réduire les donations excessives en commençant par la dernière en date, ne vise assurément que la protection de la réserve héréditaire ; mais il n'est qu'une conséquence de la règle de l'irrévocabilité. D'autre part, l'art. 1083 enlève à l'auteur de l'institution contractuelle le droit de disposer à titre gratuit

de ses biens au préjudice de l'institué, simple donataire de biens à venir ; il le dépouille *a fortiori* du droit de faire une semblable disposition au préjudice d'un donataire de biens présents.

On répond à cette argumentation de la Jurisprudence en distinguant le droit de créance, qui est irrévocable, et le paiement, qui est aléatoire et subordonné à la solvabilité du *de cujus* et au parti qu'adoptent ses héritiers. De cette distinction on déduit des conséquences importantes.

Les donations de sommes payables à terme ne peuvent pas plus être révoquées que celles de corps certains. Mais le sens de cette irrévocabilité est déterminé par la nature du droit qu'elle affecte. Le donataire doit subit l'effet des aliénations à titre onéreux émanées du donateur, car celui-ci n'a pas entendu, en se constituant débiteur à titre gratuit, se dépouiller de tout droit de disposition. Au demeurant, les acquéreurs à titre onéreux sont protégés par la transcription s'il s'agit d'un immeuble, par la signification s'il s'agit d'une cession de créance, enfin par la prise de possession en matière de ventes mobilières. A l'opposé, le droit du donataire n'a aucune affectation particulière et, le plus souvent, son titre n'a reçu aucune publicité.

La même solution doit être adoptée quand le donataire est en face de créanciers porteurs d'engagements

contractés à titre onéreux. Car le bénéficiaire de la donation de somme, créancier à titre gratuit, n'a aucun titre pour être préféré aux créanciers à titre onéreux. Tout le monde admet qu'il vient en concours avec eux.

Pourquoi en serait-il autrement à l'égard des aliénations ou des engagements à titre gratuit ? Seul un texte formel peut stipuler que l'irrévocabilité doit être entendue diversement en matière de donations de sommes payables à terme, selon que le donataire se verra opposer des actes à titre gratuit ou des actes à titre onéreux.

L'irrévocabilité de la donation n'a d'autre effet que de sauvegarder la créance du donataire avec ses éventualités de paiement. Et le donataire de biens à venir ne peut invoquer ni l'art. 923, ni l'art. 1083 du Code civil, contrairement à la thèse de la Jurisprudence.

Si l'art. 923 favorise le premier donataire, c'est que la réserve n'est pas respectée ; ce n'est pas à raison de l'irrévocabilité de la donation. Car celle-ci protègerait, non seulement la créance, mais aussi le paiement de la somme donnée ; et le donataire devrait être préféré aux acquéreurs à titre onéreux et aux créanciers postérieurs. Il est à remarquer d'ailleurs que ce texte régit la donation entre époux que l'art. 1096 déclare essentiellement révocable. — Le fondement du prin-

cipe posé par l'art. 923 réside dans le fait que la seconde donation a lieu au mépris de l'indisponibilité établie au profit du réservataire : si le droit du second donataire n'a pu prendre naissance, c'est qu'il excède le pouvoir de disposition du donateur. — Les mêmes observations peuvent être faites au sujet de l'art. 1083, qui crée une sorte de réserve au profit de l'institué.

***

La controverse qui divise la Jurisprudence et la Doctrine est difficile à trancher. Il semble cependant que la solution que donnent les arrêts doive être approuvée. — Le caractère aléatoire du paiement est inséparable de la notion de donation de sommes payables à terme. Mais le principe fondamental de l'irrévocabilité des donations entre vifs interdit au disposant d'anéantir une première libéralité par des actes de disposition ultérieurs, réalisés sans contre-partie. La nature de l'acte — donation entre vifs — doit prédominer sur la nature du droit conféré — droit de créance.

CHAPITRE III

LES EXCEPTIONS LEGALES AU PRINCIPE. DONATIONS DE BIENS A VENIR AUTORISEES dans L'INTERET du MARIAGE

Nous avons indiqué les dangers que présente la donation de biens à venir et les considérations d'ordre juridique qui ont amené le législateur à en interdire l'emploi. Il est, en effet, très grave de permettre à une personne de disposer de sa succession au profit d'une autre par un acte irrévocable et de se lier ainsi, parfois très longtemps avant sa mort, alors que ses intentions libérales actuelles peuvent être modifiées par des événements imprévus.

Ce mode de libéralité présente cependant une incontestable utilité. Seul, il permet d'assurer par une disposition plus ferme que le testament la transmission de certains biens, tout en laissant au donateur, pendant sa vie, la propriété et le libre gouvernement de son patrimoine. Il concilie deux intérêts contraires : celui du disposant, qui ne se dépouille pas actuellement comme au cas de donation entre vifs ; celui du

gratifié, qui a des espérances moins fragiles qu'un légataire, puisque sa qualité de successible le garantit contre tout changement de volonté de son auteur.

La donation avec réserve d'usufruit ne permet pas d'atteindre le même résultat. D'une part, le disposant aliène alors d'une façon actuelle et définitive la nue propriété des biens donnés et, par là, il diminue son crédit. De son côté, le gratifié n'est assuré d'aucun avantage sur les biens que le disposant pourra acquérir par la suite.

Certes, l'instituant conserve des droits tels que les espérances de l'institué peuvent facilement s'évanouir, puisque la donation entre époux est toujours révocable et que la donation par contrat de mariage ne met pas obstacle aux aliénations à titre onéreux consenties sans fraude. Aussi Laurière disait-il : « De tous les pièges qu'on peut tendre par contrat de mariage (et ils sont nombreux), il n'en est pas de plus à craindre que les institutions contractuelles »[1].

Mais ce danger peut être diminué par des garanties morales : l'honnêteté de l'instituant, l'attachement qu'on a le plus souvent pour ses biens. De plus, la loi offre aux contractants un mode de disposer plus efficace : la donation cumulative, qui confère à l'institué une option et enlève à l'opération son caractère aléatoire.

1. Brissaud, *Histoire du droit français*, II, p. 1613.

Si le législateur de 1804 a admis des dérogations au droit commun de la prohibition des donations de biens à venir, c'est seulement dans l'intérêt du mariage. Cette considération explique et justifie l'infraction à la règle. Elle en trace aussi les limites : les bénéficiaires d'une telle libéralité ne peuvent être que de futurs époux ou des époux.

La donation de biens à venir est permise sous trois formes, qui feront l'objet de trois titres :

1° *Donation de biens à venir par contrat de mariage.* — C'est l'institution contractuelle proprement dite, qui peut émaner d'une personne quelconque ou de l'un des futurs époux. Dans cette seconde hypothèse, elle est soumise à quelques règles propres, qui seront examinées dans un chapitre spécial.

2° *Donation cumulative de biens présents et à venir.* — C'est une institution contractuelle d'un type complexe. Par l'option qu'elle confère au donataire sous certaines conditions elle se transforme, en définitive, soit en une donation de biens présents, soit en une donation de biens à venir. C'est cette alternative qui en constitue l'originalité.

3° *Donation de biens à venir entre époux.* — C'est la donation qui intervient pendant le mariage. Elle est essentiellement révocable, et présente avec le testament de telles analogies que le problème de sa nature juridique est particulièrement délicat à trancher.

Titre II

L'Institution contractuelle

CHAPITRE I

L'INSTITUTION CONTRACTUELLE EN GENERAL

Section I

Conditions de l'institution contractuelle.

L'institution contractuelle est régie par les articles 1082 et 1083 du Code civil. Aubry et Rau en donnent la définition suivante : c'est « une disposition faite par le contrat de mariage, et qui, quoique ayant pour objet tout ou partie des biens devant composer l'hérédité de l'instituant, est cependant irrévocable, en ce sens que ce dernier ne peut, si ce n'est dans des limites très étroites, y porter atteinte par d'ultérieures dispositions à titre gratuit »[1].

1. *Cours de droit civil français*, 5e éd., XI, § 739, p. 650.

Elle revêt toujours la forme d'une donation entre vifs et doit être insérée en principe dans un contrat de mariage. On admet cependant qu'elle peut être contenue dans un acte isolé, rédigé sous forme de contre-lettre et complétant le contrat.

Elle est soumise à deux causes de caducité : le défaut de célébration du mariage (art. 1088), la survie du donateur au donataire et à sa postérité (art. 1089). La première de ces causes est commune à toutes les dispositions contenues dans un contrat de mariage. La seconde est inhérente à l'objet même de l'institution.

Il est parfois difficile de déterminer si l'on se trouve en présence d'une donation de biens présents ou d'une donation de biens à venir. La question offre un intérêt certain, les deux types de libéralités différant — ainsi que nous le verrons — par leurs effets. Ni les expressions employées, ni l'intention des parties ne sont décisives. On doit interpréter la convention, et pour cela s'en tenir essentiellement à l'objet et au contexte de la disposition [2]. L'emploi de termes sacramentels n'est pas exigé : « La forme de l'institution d'héritier et des donations de biens à venir consiste uniquement à l'exprimer en termes intelligibles dans le contrat de mariage du donataire » [3].

2. Aubry et Rau, XI, §739, notes 2 et 3 ; Demolombe, XXIII, 297 et suiv. ; Planiol et Ripert, V, n° 771, p. 825.
3. Chabrol, *Sur la Coutume d'Auvergne*, ch. XIV, art. 26, sect. 1.

Et les juges du fait ont un pouvoir souverain d'appréciation [4].

C'est la solution que la Jurisprudence a eu maintes fois l'occasion de consacrer. Ainsi, la Cour d'Amiens [5] a jugé que l'apposition d'une double condition de survie (survie du futur époux à ses parents et de la future épouse à son mari) ne suffisait pas à enlever à une libéralité le caractère d'une donation entre vifs.

Il est intéressant de noter ici une tendance des Tribunaux opposée à celle que nous avons constatée en matière de donations de sommes à prendre sur la succession du donateur, lorsque ces donations sont faites en dehors d'un contrat de mariage. La Jurisprudence n'a plus à se préoccuper de faire entrer dans le cadre des libéralités permises des donations dont la validité est contestée. Aussi donne-t-elle des solutions qui semblent plus exactes, en considérant le plus souvent les donations de sommes comme des institutions contractuelles. Elle a décidé que les donations de sommes à prendre « sur les plus clairs deniers de la succession du donateur, en cas de survie du donataire » [6], « sur la succession du prémourant en exemption de toutes dettes et charges » [7], ou « sur les biens de la suc-

4. Req., 25 janvier 1873, D.P., 73-1-480 ; Req., 3 février 1875, D.P., 75-1-486 ; Req. 19 juin 1876, D.P., 77-1-223 ; Req. 3 avril 1905, D.P., 1905-1-224.
5. 9 mars 1911, G.P. 1911-1-561.
6. Rouen, 11 juillet 1856, D.P., 57-2-109.
7. Rouen, 20 décembre 1856, D.P. 57-2-109.

cession »[8], la donation d'une somme « à prendre sur les biens les plus clairs et les plus apparents de la succession et payables par les héritiers du donateur »[9], ou encore la donation d'une somme « pour en disposer après le décès du donateur en toute propriété, ou en usufruit seulement en cas de survenance d'enfant »[10], étaient des donations de biens à venir, bien qu'elles fûssent qualifiées donations entre vifs.

L'institution contractuelle peut avoir pour objet « tout ou partie » des biens à venir (art. 1082 § 1). Cette expression doit être entendue dans son sens le plus large : l'universalité des biens du disposant, ou des immeubles, ou des meubles ; une quote-part de cette universalité ; un ou plusieurs biens déterminés, tel qu'une somme d'argent. Suivant le cas, le bénéficiaire est un successible universel, à titre universel, ou à titre particulier. Discutée autrefois en Doctrine[11], la validité de l'institution portant sur un bien déterminé est unanimement admise aujourd'hui[12].

La donation de biens à venir peut émaner d'étrangers, de parents des futurs époux, ou des futurs époux eux-mêmes. Elle peut être faite au profit de ceux-ci, de l'un d'eux seulement, ou des enfants à naître du mariage.

8. Bordeaux, 6 avril 1892, D.P., 93-2-274.
9. Tr. Brignoles, 8 février 1899, D.P. 1901-2-36.
10. Aix, 8 juin 1888, S., 89-2-137.
11. Delvincourt, *Cours de code civil*, II, p. 421 ; Duranton, *Cours de droit civil français*, IX, 676.
12. Cf. notamment Aubry et Rau, XI, § 739, note 8 ; Demolombe, XXIII, n° 273 ; Planiol et Ripert, V, n° 770.

L'art. 1082 § 2 dispose que, lorsque c'est un tiers qui institue l'un des futurs époux, il est présumé instituer en même temps les enfants à naître du mariage. (A ceux-ci il convient d'assimiler les enfants déjà nés qui seront légitimés par le mariage [13]). La loi suppose que le contrat renferme une substitution tacite au profit des enfants qui survivent à leur parent donataire. Cette présomption de volonté, qui peut au demeurant être écartée par une clause expresse [14], est conforme à l'intention habituelle des parties : le disposant veut aider à la fondation d'une famille nouvelle et pense aux enfants autant qu'aux époux. Auroux des Pommiers l'indiquait déjà : « Entrant dans l'intention de celui qui a fait une institution contractuelle, on trouvera que son dessein n'est pas seulement d'avantager le conjoint qu'il institue, mais encore ses enfants, et de les préférer à tous ses parents, et que l'autre conjoint, qui s'est marié en considération de cet avantage, a compté que, en tous cas, ses enfants en profiteraient » [15].

La question s'est posée de savoir si le disposant pouvait n'instituer que les enfants à naître en écartant les époux eux-mêmes. La validité d'une telle do-

13. Aubry et Rau, XI, § 739, note 21 ; Demolombe, XXIII, 394 ; Planiol et Ripert, V, n° 773, p. 829.
14. Aubry et Rau, XI, § 739 notes 27 et 29 ; Planiol et Ripert, V, n° 773, p. 828.
15. Sur l'art. 219 *de la Coutume d'Auvergne.*

nation doit être admise, car elle ne contrevient pas au texte de l'art. 1082 qui stipule que la libéralité peut être faite « tant au profit des époux qu'au profit des enfants ». La Cour de cassation a consacré cette solution [16], qui était traditionnelle dans l'Ancien Droit [17]. Elle était autorisée par l'art. 10 de l'Ordonnance de 1731, et Pothier définissait l'institution contractuelle « la donation que quelqu'un fait de sa succession... par contrat de mariage, à l'une des parties contractantes ou aux enfants qui naîtront du futur mariage » [18]. Cependant, la majorité de la Doctrine se prononce en sens contraire [19].

Mode de disposer exceptionnel, l'institution contractuelle ne peut être faite qu'au profit des futurs époux et des enfants à naître de leur union. — C'est ainsi qu'est prohibée la clause d'une donation, aux termes de laquelle un père de famille institue dans le contrat de mariage d'un de ses enfants celui qui se marie et ses frères et sœurs [20] ; elle était cependant licite dans l'ancien Droit [21]. De même, l'institution ne peut être faite au profit de tous les enfants à naître de

16. Civ. 10 juillet 1888, D.P., 90-1-57.
17. Laurière, *Traité des institutions et substitutions contractuelles*, ch. VII, n° 42 et suiv. ; Pothier, *Donations entre vifs*, n° 41 et ss. ; Ferrière, *Commentaire de la Coutume de Paris*, sur l'art. 274.
18. *Coutume d'Orléans*, Introduction au titre XVII, app. n° 17.
19. Aubry et Rau, XI, § 739 note 31 ; Demolombe, XXIII, 329 ; Troplong, IV, 2357.
20. Demolombe, XXIII, 294 ; Aubry et Rau, XI, § 739 note 25 ; Planiol et Ripert, V, n° 774.
21. Auroux des Pommiers, sur l'art. 224 de la *Coutume du Bourbonnais*, n° 7 et suiv. ; Chabrol, *Coutume d'Auvergne*, II, p. 336.

l'institué, y compris ceux qui naîtraient de mariages subséquents. Enfin l'instituant n'a pas le droit de disposer que le bénéfice de la donation sera réparti inégalement entre les enfants, en cas de prédécès de l'institué [22] ; ici encore la règle de notre Ancien Droit était différente [23].

Il existe une forme particulière d'institution contractuelle qui nécessite quelques explications : c'est la promesse d'égalité, connue encore dans l'Ancien Droit sous le nom de « réserve à succession » ou « assurance de part héréditaire », et assez souvent employée de nos jours dans les régions du Midi [24].

Elle consiste en ceci : le père, en mariant un de ses enfants, lui promet de ne pas rompre l'égalité à son préjudice entre lui et ses frères et sœurs. C'est bien une institution contractuelle, car elle assure à l'institué l'égalité avec ses cohéritiers et ainsi l'institue héritier pour sa part héréditaire dans la quotité disponible.

D'après l'opinion généralement admise aujourd'hui [25], la promesse d'égalité ne crée pas au profit de l'institué un droit irrévocable à une part virile dans la succession, part comprenant à la fois la réserve de l'en-

22. Aubry et Rau, XI, § 739 note 30 ; Planiol et Ripert, V, n° 773, p. 828.
23. Chabrol, *Coutume d'Auvergne*, ch. XIV, art. 20, sect. III, question 8.
24. Navières du Treuil, *Etude historique et juridique sur la promesse d'égalité*, thèse, Paris, 1907.
25. Bordeaux, 12 mai 1848, D.P., 48-2-155 ; Riom, 2 mars 1882, D.P. 83-2-15 ; Aubry et Rau, XI, § 739, notes 104 et 107 ; Demolombe XXIII, 306 ; Planiol et Ripert, V, n° 844.

fant et la quotité disponible. Le père promet seulement à l'institué de ne pas avantager ses frères et sœurs à son détriment. Il ne peut donc disposer à leur profit de la quotité disponible, mais il n'a pas renoncé au droit de la donner à un étranger. Il n'en serait autrement que s'il avait déclaré instituer l'enfant pour sa part et portion virile intégrale. Et la question se pose alors de savoir si cette part doit être calculée d'après le nombre d'enfants vivants au jour de la libéralité, ou si l'institué a une vocation héréditaire à toute la succession pour le cas où ses frères et sœurs viendraient à prédécéder. La Jurisprudence décide qu'il faut se prononcer dans le premier sens, à moins que le disposant n'ait manifesté clairement son intention de renoncer d'ores et déjà à tout droit sur la quotité disponible [26].

Il convient enfin de remarquer que le père qui fait une promesse d'égalité peut modifier la situation respective de ses autres enfants et avantager certains de ceux-ci par rapport aux autres, pourvu qu'il laisse au bénéficiaire de la promesse sa part entière. Car, si l'égalité est rompue, elle ne l'est pas au préjudice de celui-ci ; il ne pourrait se plaindre que si on lui avait promis une part égale à celle du plus favorisé [27].

26. Civ. 28 juin 1858, D.P., 58-1-331 ; Pau, 16 février 1874, S., 74-2-229 ; Req. 19 mars 1912 et Limoges, 11 février 1901, D.P., 1913-1-17 et note Capitant.

27. Aubry et Rau, XI, § 739, note 106 ; Troplong, IV, 2380 ; Demolombe, XXIII, 305.

***

Nous avons indiqué à quelles conditions générales était subordonnée la validité de l'institution contractuelle. Mais il est d'autres règles qu'il importe de mettre en relief, car elles différencient la donation de biens à venir par contrat de mariage de la donation entre vifs. Un certain nombre d'entre elles sont d'ailleurs communes à toutes les donations par contrat de mariage.

Tout d'abord, l'art. 1087 déclare : « Les donations par contrat de mariage ne pourront être attaquées ni déclarées nulles sous prétexte de défaut d'acceptation ». On admet généralement que ce texte ne dispense la donation que de la formalité d'une acceptation expresse qu'exige l'art. 932. La donation étant toujours un contrat, une acceptation au moins tacite, donnée sous une forme quelconque, est considérée comme nécessaire. — Il est intéressant de noter que la Jurisprudence écarte ici tout formalisme. Nous retrouverons la même règle en matière de renonciation.

Aux termes de l'art. 959 « les donations en faveur du mariage ne sont pas révocables pour ingratitude ». Cette règle exceptionnelle, — qui ne vise que les libéralités faites par les tiers, — est fondée sur le désir de ne pas frapper des innocents : le conjoint du donataire et, plus encore, les enfants à naître du mariage.

Mais l'institution contractuelle est, comme toute

donation, révocable pour inexécution des charges conformément au principe général posé par l'art. 953 Civ.[28] — Elle est aussi révocable pour survenance d'enfant, sauf lorsqu'elle émane de l'un des futurs époux (art. 960).

Parmi les dispositions exceptionnelles qui sont communes à toutes les donations par contrat de mariage, il en est une particulièrement importante qu'énonce l'art. 1086. Les dérogations les plus larges au principe d'irrévocabilité sont autorisées dans l'intérêt du mariage puisqu'il est permis : d'obliger le donataire à payer indistinctement toutes les dettes du donateur, même celles qu'il contractera dans l'avenir ; de subordonner la donation à une condition dont l'exécution dépend de la volonté du donateur ; enfin de réserver au donateur le droit de disposer d'un effet compris dans la donation ou d'une somme déterminée à prendre sur la valeur des biens donnés. — Nous avons vu que les conventions de ce genre sont prohibées en principe par les articles 945, 944 et 946.

***

La donation de biens à venir se distingue de la donation de biens présents par contrat de mariage en ce que l'état estimatif du mobilier requis par l'art. 948

28. Trib. Albi, 4 janvier 1911, D.P., 1912-2-329 et note Percerou.

n'est pas nécessaire [29]. Il ne saurait être question, en effet, d'assurer l'irrévocabilité d'une libéralité portant sur des biens dont la consistance n'est pas actuellement établie.

Nous verrons que, pour des raisons analogues, la transcription des donations de biens à venir portant sur des immeubles n'est pas exigée.

Section II.
Effets de l'institution contractuelle.

Un seul texte du Code civil vise les effets de la donation de biens à venir faite par contrat de mariage. C'est l'art. 1083 qui déclare : « La donation... sera irrévocable en ce sens seulement que le donateur ne pourra plus disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement ».

On en déduit les conséquences immédiates de la libéralité, d'une part, et celles qui ne se produisent qu'à l'ouverture de la succession du donateur, d'autre part.

§ 1. — *Effets immédiats de la donation.*

L'institution contractuelle est une donation de succession ; elle donne à l'institué un droit irrévocable à la succession de l'instituant ; mais cette succession

29. Aubry et Rau, XI, § 739, note 14 ; Planiol et Ripert, V, n° 768.

n'est pas encore ouverte. Il ne s'opère aucune transmission immédiate de propriété, et l'institué n'a aucun droit actuel sur les biens qui font l'objet de la libéralité.

L'instituant peut procéder à toutes sortes d'aliénations à titre onéreux, et contracter des dettes exécutoires sur ces biens. Il conserve en effet — sauf la restriction relative à la faculté de disposer à titre gratuit — la pleine jouissance de son droit de propriété. Il n'y a pas à distinguer entre les biens qu'il possède actuellement et ceux qu'il acquerra ultérieurement.

Il peut donc les aliéner à titre onéreux, moyennant le paiement d'un capital ou le service d'une rente viagère, car la loi ne fait pas de différence entre ce genre d'aliénation et la vente proprement dite [30].

Il peut aussi les hypothéquer, les échanger, les grever de servitudes, renoncer à une prescription acquise. Mais de tels actes doivent être faits de bonne foi. S'ils dissimulent une libéralité ou sont inspirés du seul désir de léser l'institué, ils peuvent être annulés comme entâchés de fraude, et les règles de l'action paulienne s'appliquent à la complicité du tiers [31].

Il semble même que l'instituant ne puisse s'interdire cette faculté de disposer à titre onéreux. Car

30. Req. 15 novembre 1836, D.P. 36-1-409.

31. Aubry et Rau, XI, § 739, p. 671 note 54 ; Demolombe, XXIII, 311 ; Planiol et Ripert, V, n° 777, p. 835. — Civ. 7 juin 1908, S., 1908-1-364 ; Req 26 mars 1845, S.,47-1-120 ; Civ. 12 mai 1875, S., 76-1-77.

l'art. 1083 Civ. ne permet de renoncer qu'au droit de disposer à titre gratuit, et il s'agit d'une disposition qui déroge à la règle générale posée par les articles 791 et 1130 [32]. Il suffit pour s'en convaincre de comparer à la rédaction définitive de l'art. 1083 le projet primitivement élaboré : « Le donateur conserve jusqu'à sa mort la liberté entière de vendre et d'hypothèquer (à moins qu'il ne se la soit formellement interdite en tout ou en partie) ».

Par contre, l'institution contractuelle prive de toute efficacité, au regard de l'institué, les dispositions ultérieures à titre gratuit dont l'exécution anéantirait ou réduirait les droits de succession qui lui ont été irrévocablement conférés. Sont interdites au même titre : les donations entre vifs et par contrat de mariage, les libéralités testamentaires, les donations indirectes, les donations déguisées.

Le dernier membre de phrase de l'art. 1083 contient toutefois une exception. Il laisse à l'instituant la faculté de disposer de sommes modiques « à titre de récompense ou autrement ».

L'emploi de l'expression « sommes modiques » semble démontrer que la loi ne vise que les dispositions à titre particulier. La valeur de telles libéralités — qui sont

32. Aubry et Rau, XI, § 739, p. 672 note 56 ; Demolombe, XXIII, 314 ; Planiol et Ripert, V, n° 777, p. 835.

réductibles — doit être appréciée en tenant compte de la fortune du disposant [33].

Quant aux termes « ou autrement », ils visent, suivant l'opinion générale, les présents imposés par l'usage, les relations de famille ou les convenances mondaines, et aussi les fondations pieuses, les legs aux pauvres [34].

L'instituant peut d'ailleurs se réserver la faculté de disposer dans une mesure plus étendue des biens qui font partie de l'institution, par exemple en stipulant qu'il aura le droit de donner une somme à prendre sur ces biens [35].

En somme, le disposant est censé tenir au futur époux le discours suivant : « Il vous faut des garanties, et une disposition testamentaire ne vous suffirait pas ; je vous assure donc ma succession ; je vous l'assure, en ce sens que je ne pourrai plus révoquer la donation que je vous fais : ni expressément, par aucune déclaration de changement de volonté ; ni tacitement, par des dispositions à titre gratuit entre vifs ou testamentaires ; mais je n'entends pas me dépouiller de la propriété de mes biens ni m'interdire ; je garderai au contraire le libre gouvernement de mon patrimoine ;

33. Riom, 5 août 1820, S., 21-2-313 ; Aubry et Rau, XI, § 739, p. 670 note 46 ; Demolombe, XXIII, 319 ; Planiol et Ripert, V, n° 777, p. 833, note 2.

34. Aubry et Rau, XI, § 739 p. 670 note 48 ; Planiol et Ripert, V, n° 322.

35. Aubry et Rau, XI, § 736, p. 645 ; Demolombe, XXIII, 370 ; Planiol et Ripert, V. n° 777, p. 832 note 2 ; de Loynes, note sous Civ. 10 févr. 1914, D.P., 1917-1-73.

tout ce que j'aurai fait loyalement, à titre onéreux, sera bien fait, et vous obligera vous-même ».

Et Demolombe, qui prête au disposant ce langage, résume sa pensée dans une formule qui appelle toutefois de sérieuses réserves : « En un mot, je fais de vous contractuellement mon héritier réservataire » [36].

***

Bien que l'institué n'ait aucun droit actuel sur les biens compris dans l'institution, il n'est pas complètement étranger à ces biens, puisqu'il a la qualité de successible en vertu d'un titre irrévocable. L'institution est « la reconnaissance générale du principal héritier » [37]. Suivant l'expression d'Aubry et Rau « l'institué est, du jour même de l'institution, contractuellement investi du titre d'héritier ou de successeur de l'instituant, et irrévocablement saisi du droit de succession que ce titre lui confère. Mais il ne devient propriétaire des biens formant l'objet de l'institution qu'à partir du décès de l'instituant ; et la transmission de propriété qui s'opère à son profit n'entraîne même aucun effet rétroactif » [38].

Quelle est la nature du droit qui appartient à l'institué du vivant de l'instituant, et comment le qualifier ?

36. XXIII, 309.
37. Loysel, *Institutes coutumières*, liv. II, tit. IV règle 10.
38. XI, § 739, p. 673. — Voir aussi Civ. 10 février 1914, D.P., 1917-1-73. — Contra, Bordeaux, 14 décembre 1911, D.P., 1912-2-281.

La question a soulevé de grandes controverses, et certains auteurs l'ont déclarée insoluble, tel Colmet de Santerre [39] pour qui ce droit ne peut être qualifié par aucune expression technique. Toullier [40] estime que l'institué n'a qu'une simple espérance, mais d'une fragilité moindre que celle des parents appelés par la loi à la succession *ab intestat*. A l'inverse, Chabot [41] considère que le droit du donataire prend naissance dès l'institution, sauf à ne pouvoir être exercé qu'au décès du donateur. La pensée de Duranton est assez incertaine : l'institué n'a qu'une espérance, mais celle-ci constitue un droit « tel quel » [42]. Demolombe, après s'y être d'abord rallié [43], l'a jugé insuffisante : il reconnaît à l'institué un droit éventuel, analogue à celui de l'héritier à réserve [44].

L'opinion de Grenier est exprimée d'une manière plus précise : l'institué n'est saisi de la propriété qu'au décès de l'instituant, mais il est saisi du droit dès l'instant de la disposition [45]. Elle est conforme à la pensée de Jaubert, qui disait dans son rapport au Tribunat : « Il faut distinguer le titre et l'émolument. Le titre est irrévocable. Mais quant à l'émolument, il ne pourra être véritablement connu qu'au décès » [46].

39. IV, 256 *bis*, II.
40. V. 835.
41. *Des successions*, sur l'art. 720, n° 7.
42. VI, 49.
43. I, 201.
44. XXIII, 309 et 310.
45. II, III.
46. Locré, Lég. XI, p. 484, n° 83.

Cette analyse du droit de l'institué a été reprise et développée par Aubry et Rau, pour lesquels « l'institution contractuelle confère à l'institué, non pas seulement une espérance ou expectative de succéder à l'instituant, mais bien un droit irrévocablement acquis ;... ce droit acquis en lui-même, et sous le rapport de son titre, ne constitue qu'un droit successif, garanti toutefois contre toute ultérieure disposition à titre gratuit, c'est-à-dire un droit subordonné, quant à son ouverture, tant au décès de l'instituant qu'à la survie de l'institué et dont l'objet même qui doit en former la matière n'existera comme tel que lors de l'avènement de ce décès [47]. » Elle a été admise par la majorité de la Doctrine contemporaine et doit, semble-t-il, être approuvée

L'institution contractuelle, en effet, ne peut être révoquée par le disposant ; elle ne pourrait même l'être, sans rétroactivité, par une loi postérieure. L'irrévocabilité de son titre confère à l'institué un droit acquis. C'est en cela que sa situation diffère de celle de l'héritier *ab intestat*, et aussi de celle de l'héritier à réserve, contrairement à l'opinion exprimée par Demolombe.

Les espérances de l'héritier *ab intestat* peuvent être anéanties par des libéralités contre lesquelles il n'est nullement protégé.

Quant à l'héritier réservataire, il peut se voir enlever par une loi postérieure l'expectative de la part suc-

47. XI, § 739, p. 675, note 57.

cessorale que lui promet la législation en vigueur ; une telle modification législative ne pourrait porter atteinte au droit déjà entré dans son patrimoine que l'institué tient d'un contrat antérieur. L'origine contractuelle de ce droit a une autre conséquence importante : seul l'institué peut — ainsi que nous l'avons vu — attaquer par l'action paulienne les actes que le disposant aurait passés avec des tiers en fraude ou en haine de l'institution [48].

Cependant, le droit de l'institué est conditionnel quant à son ouverture, puisqu'il ne doit s'ouvrir que par le prédécès de l'instituant, et éventuel quant à son objet, puisqu'il ne doit se réaliser que sur les biens qui se trouveront dans la succession. Il a, sous ce double rapport, le caractère d'un droit successif. La transmission de propriété ne s'opère au profit du bénéficiaire qu'au moment où les biens sur lesquels porte la libéralité sont devenus des biens héréditaires. Et elle n'a pas d'effet rétroactif [49], ce qui exclut la notion de droit conventionnel.

La même considération explique que l'institué ne puisse renoncer à son droit du vivant de l'instituant. La renonciation, ou d'une manière plus générale la cession, est nulle comme constituant un pacte sur succession future, qu'elle intervienne au profit du dona-

48. Colin et Capitant, *Cours élém. de droit civil*, 4e éd., III, p. 835.
49. Civ. 10 février 1914, D.P., 1917-1-73 et note de Loynes.

teur [50], de ses héritiers *ab intestat* [51], ou même d'un tiers ayant intérêt à l'accepter, tel qu'un donataire ultérieur [52]. Et il y a stipulation portant sur un droit successif, aussi bien de la part de l'institué qui abandonne un droit, que de la part de celui qui accepte la renonciation.

L'incessibilité du droit empêche les créanciers de le saisir. Et l'hypothèque conférée par l'instituant ne lui donne pas le caractère d'un droit faisant partie du patrimoine du donataire et propre à être mis en vente sur la poursuite de ses créanciers. Une hypothèque ainsi consentie doit être considérée comme non avenue, a décidé la Cour de Paris dans un arrêt de principe [53] : « Considérant que de Ségur de Lamoignon n'a pu valablement donner une hypothèque destinée à garantir l'institution contractuelle dont il était l'auteur ; — Que le caractère essentiel de l'institution contractuelle, étant de laisser à son auteur la parfaite liberté de jouir de son patrimoine et d'en disposer, à titre onéreux, est incompatible avec une hypothèque de ce genre ; — Qu'en effet l'hypothèque est un droit réel, d'après l'art. 2114 C.

50. Civ. 16 août 1841, S., 41-1-684 ; Aubry et Rau, XI, § 739, p. 676 note 59.

51. Req. 10 août 1840, S., 40-1-757 ; Aubry et Rau, XI, § 739, p. 676 note 58.

52. Civ. 11 et 12 janvier 1853, S., 53-1-65 et 71 ; Chambéry, 23 juillet 1873, S., 74-2-43 ; Aubry et Rau, XI, § 739, p. 677 note 60. — Sur ce point cependant les auteurs sont divisés, et les arrêts de 1853 marquent un revirement complet de la Jurisprudence.

53. Paris, 9 février 1875, D.P., 75-2-155 et conclusions de l'avocat général Hémard, S., 75-2-129 et note Lyon-Caen.

civ ; — Qu'elle constitue un démembrement de la propriété ; qu'elle n'est pas possible là où l'institution contractuelle suppose nécessairement la conservation intégrale du droit de propriété ; — Qu'il est manifeste qu'elle ne pourrait exister sans produire des conséquences qui seraient pour l'auteur de l'institution contractuelle des entraves dans la libre gestion et la libre disposition à titre onéreux de son patrimoine... »

Si, en effet, l'institution contractuelle échappe à l'action des créanciers, cela tient, non à l'incertitude du droit qu'elle confère, mais à sa nature spéciale : pendant la vie de l'instituant, elle ne fait rien sortir de son patrimoine (si ce n'est le droit de disposer à titre gratuit) ; elle n'ajoute donc rien à celui de l'institué et n'augmente pas le gage de ses créanciers. Et la stipulation d'une garantie accessoire ne saurait transformer un titre de successeur irrévocable en un droit ferme et assuré. L'hypothèque ne serait d'ailleurs jamais appelée à jouer ; car elle n'offre d'intérêt pratique qu'en présence d'aliénations à titre onéreux, qui demeurent permises au disposant.

L'institué ne peut demander la rétractation des actes de disposition à titre gratuit ayant pour objet des biens compris dans l'institution [54]. Mais peut-il provoquer les mesures nécessaires pour sauvegarder l'exer-

54. Civ. 2 mai 1855, S., 56-1-178 ; Req. 22 janvier 1873, D.P., 73-1-473 ; Aubry et Rau, XI, § 739, p. 679.

cice ultérieur de son droit, notamment pour empêcher qu'il soit compromis par des aliénations à titre gratuit ? La question est controversée ; cependant la Cour de cassation a reconnu à l'institué le droit d'obliger le donataire ultérieur à donner caution de restituer [55].

L'arrêt est relatif à une donation cumulative de biens présents et à venir, mais il pose le principe pour la donation de biens à venir prise en soi. « Attendu que l'art. 1180 C. civ. autorise le créancier éventuel, avant que la condition soit accomplie, à exercer les actes conservatoires de son droit ; — Que l'art. 1082 du même Code déclare l'institution contractuelle de biens présents et à venir irrévocable, en ce sens que le donateur ne peut plus disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement ; — Que si le droit, pour l'institué, de réclamer le bénéfice de l'institution et de faire annuler les aliénations à titre gratuit consenties en fraude de cette institution est subordonné au prédécès du donateur, ce droit n'en est pas moins certain et qu'il permet à l'institué d'exercer des actes conservatoires aux termes de l'art. 1180 C. civ. ».

Les adversaires de cette thèse [56] objectent que l'ar-

55. Req. 22 janvier 1873, D.P., 73-1-473.
56. Demolombe, XXIII, 323 ; Colin et Capitant, III, p. 835.

ticle 1180 ne trouve son fondement et sa justification que dans la rétroactivité qui suit l'accomplissement d'une condition. Il est étranger à un droit qui, ne portant que sur des choses héréditaires, ne peut, même fictivement, être censé rétroagir au delà de l'ouverture de la succession de l'instituant. Si l'institué est autorisé à repousser les aliénations à titre gratuit faites au mépris de l'institution, ce n'est point parce qu'il est censé avoir été propriétaire des biens aliénés du jour même de l'acquisition de son droit, c'est parce que ces biens sont, à son égard, considérés comme n'étant pas sortis du patrimoine de l'instituant et se trouvant encore dans son hérédité.

Cette argumentation ne paraît pas décisive et la solution de la Jurisprudence doit être approuvée. —Aubry et Rau, qui l'avaient d'abord critiquée, la justifient en ces termes : « A la différence de l'héritier à réserve, dont le droit ne prend naissance que lors de l'ouverture de la succession à laquelle il est appelé, l'institué a, dès le jour de l'institution et du vivant même de l'instituant, un droit actuel, auquel correspond pour ce dernier l'obligation, également actuelle, de ne rien faire qui soit de nature à porter atteinte à l'institution. Si, au mépris de cette obligation, l'instituant faisait des actes à titre gratuit, déguisés ou patents, dont le résultat serait de compromettre le sort de l'institution contractuelle, pourquoi l'institué ne pourrait-il pas,

en vertu de l'art. 1180, s'adresser aux tribunaux et provoquer les mesures nécessaires à la sauvegarde de son droit? Vainement objecterait-on que l'article précité ne s'applique qu'aux droits simplement conditionnels, et non à ceux qui, comme celui de l'institué, sont tout à la fois conditionnels quant à leur ouverture et éventuels quant à leur objet. Tout éventuel, en effet, que soit le droit de l'institué, les aliénations à titre gratuit, faites en contravention de l'art. 1083, n'en constituent pas moins une violation actuelle de ce droit ; et cette violation justifie l'emploi également actuel de mesures destinées à en garantir l'exercice ultérieur »[57].

§ 2. — *Effets de la donation au décès de l'instituant.*

L'institué vient à la succession de l'instituant comme successible, soit universel, soit à titre universel, soit à titre particulier. Véritable héritier contractuel, il est admis à se prononcer de la même manière qu'un héritier appelé par la loi ou par le testament du défunt. Il peut donc, accepter l'institution — purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire —, ou y renoncer.

Cette faculté est surprenante à première vue, l'institué ayant formellement accepté dans son contrat de mariage la libéralité qui lui a été faite. Elle est cependant légitime, car l'institué n'accepte que le titre de

57. XI, § 739, p. 679, note 64.

successible et la vocation qu'il lui confère ; et ce titre comporte essentiellement le droit d'option. « La faculté d'opter entre la répudiation ou l'acceptation de la succession de l'instituant, après son ouverture, se trouve virtuellement comprise dans le droit successif que confère l'institution contractuelle. L'acceptation de ce droit n'entraîne donc pas acceptation de cette succession, et n'empêche pas la répudiation »[58].

La renonciation — pas plus que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire — n'est astreinte à aucune forme particulière. La déclaration au greffe du Tribunal civil, que l'art. 784 C. civ. impose aux héritiers *ab intestat* qui renoncent, n'est pas nécessaire ; car cette disposition ne s'applique textuellement qu'à la renonciation à une succession (de même que l'art. 790, qui autorise l'héritier qui a renoncé à accepter par la suite, même tacitement[59]). On ne saurait davantage exiger l'acte notarié prescrit pour les donations entre vifs ; en effet, la renonciation de l'institué ne constitue pas un acte translatif de propriété, et ce n'est qu'indirectement qu'elle fait bénéficier de la libéralité les héritiers de l'instituant.

La renonciation ne peut être présumée. Mais elle peut être tacite et résulter de faits qui, accomplis

58. Aubry et Rau, XI, § 739 p. 680 note 66. — Cf. aussi Demolombe XXIII, 331 et 332 ; Colin et Capitant, III, p. 837 ; Planiol et Ripert, V. n° 780.

59. Dijon, 15 avril 1907, D.P., 1909-2-210.

par l'époux donataire après le décès de son auteur (et appréciés souverainement par le juge du fond), révèlent clairement sa volonté de ne pas profiter de l'institution contractuelle [60].

La Jurisprudence paraît décider toutefois que ces principes ne trouvent leur application que dans les rapports de l'institué avec les héritiers de l'instituant. Les autres intéressés — tels l'Administration de l'Enregistrement et les créanciers de l'institué — pourraient se prévaloir du défaut de déclaration au greffe [61].

En acceptant la succession de son auteur, le bénéficiaire de l'institution contractuelle devient de plein droit propriétaire des biens qui en forment l'objet. Il jouit de la saisine dans les cas où l'aurait le légataire, aux termes de l'art. 1006 C. civ., c'est-à-dire quand son titre est universel et qu'il n'existe pas d'héritiers à réserve. Hors ce cas, il est obligé de demander la délivrance à ceux qui possèdent la succession. Suivant l'opinion dominante, il peut cependant réclamer les fruits et revenus dès le jour du décès et exercer immédiatement les actions possessoires et pétitoires ; car il est « conventionnellement saisi de son droit, par l'effet même de l'institution contractuelle » [62].

60. Civ., 20 février 1855, D.P., 55-1-70 ; Civ. 24 novembre 1857, D.P. 57-1-425 ; Req. 24 février 1880, D.P., 80-1-319 ; Req., 29 mai 1888, D.P., 89-1-349 ; Amiens, 21 novembre 1895, sous Civ., 17 novembre 1897, D.P., 98-1-126.

61. Tr. Dreux, 9 septembre 1884, sous Req., 14 décembre 1885, S., 86-1-481 ; Poitiers, 12 décembre 1887, D.P. 89-2-114.

62. Aubry et Rau, XI, § 739, p. 682, note 70.

Les obligations du donataire de biens à venir, en ce qui concerne le paiement des dettes et charges de la succession, sont les mêmes que celles du légataire. Si l'institution contractuelle est universelle, ou à titre universel, l'institué est donc tenu de payer les dettes du défunt, aux mêmes conditions que le légataire universel ou à titre universel, tandis que le donataire particulier n'est soumis à aucune obligation personnelle.

Par contre, l'institué n'est tenu d'acquitter les legs ou de participer à leur paiement que lorsqu'ils sont conformes au principe posé par l'art. 1083 Civ., c'est-à-dire faits « pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement ».

L'institution contractuelle doit-elle être transcrite lorsqu'elle porte sur des immeubles ? Certains auteurs l'ont soutenu. Ainsi Bonnet [63], qui ajoute même que « la transcription devra se renouveler, lors de chaque nouvelle acquisition, à la conservation des hypothèques de la situation des biens », et convient qu'il y aura là « une source d'embarras » [64].

63. Des dispositions par contrat de mariage et des dispositions entre époux, II, n° 689.

64. C'est que les art. 19 et 20 de l'Ordonnance de 1731 avaient dispensé de l'insinuation les donations faites par contrat de mariage en ligne directe. Mais cette solution, contraire à la tradition de l'Ancien Droit, avait été très critiquée. Et les partisans de l'insinuation discutaient sur le point de savoir si, lorsque l'institution contractuelle portait sur l'universalité ou une quote-part de l'universalité des immeubles, l'insinuation devait avoir lieu seulement au moment du contrat quant aux biens présents, ou s'il fallait la renouveler chaque fois que l'instituant acquérait de nouveaux biens. Furgole était pour le premier parti (Sur l'art. 23 de l'Ordonnance), mais d'autres auteurs opinaient pour le deuxième (Louet, éd. Brodeau, lettre A, n° 10).

Mais la Jurisprudence, approuvée par la majorité des auteurs, en décide autrement [65]. La transcription n'est pas nécessaire du vivant de l'instituant, car celui-ci conserve la propriété des biens sur lesquels porte la libéralité et peut en disposer à titre onéreux. Elle ne s'impose pas non plus à l'ouverture de la succession, puisqu'il s'agit alors d'un transfert de propriété à cause de mort.

En acceptant la succession du défunt, l'institué a le droit de reconstituer la masse de biens compris dans l'institution qui aurait été diminuée ou anéantie par des libéralités ultérieures. La sanction de ce droit n'est pas une action en nullité « parce que l'institué n'a point à demander l'annulation d'actes auxquels il a été étranger et qui, faits au mépris du droit dont il se trouvait irrévocablement saisi du vivant de l'instituant, sont par cela même à considérer, quant à lui, comme non avenus » [66]. C'est une action en restitution, analogue à l'action en réduction de l'héritier réservataire. La quotité pour laquelle le donataire de biens à venir a été institué est, en effet, considérée comme une réserve, qui rend réductibles les libéralités qui y portent atteinte.

Les règles de l'action en réduction s'appliquent à

65. Civ. 4 février 1867, D.P. 67-1-65 ; Civ. 15 mai 1876, D.P. 77-1-195 ; Aubry et Rau, XI, § 739 p. 656 ; Demolombe, XXIII, 277 ; Planiol et Ripert, V, n° 776.
66. Aubry et Rau, XI, § 739, p. 682, note 72.

l'action de l'institué. — Ce n'est que lorsque la revendication n'est pas possible qu'elle est remplacée par une action personnelle en restitution. — En matière immobilière, elle peut être exercée contre le tiers détenteur, de même que contre les ayant-cause de l'instituant ; et elle anéantit les droits réels concédés par les uns ou les autres. — Elle se prescrit enfin par trente ans (ou dix à vingt ans contre les tiers détenteurs ayant juste titre et bonne foi). Et le point de départ de la prescription est l'ouverture de la succession, car les biens compris dans l'institution ne forment l'objet du droit de l'institué qu'en qualité de biens héréditaires, quel qu'en soit le possesseur [67].

Quand le donataire est prédécédé, ce sont les enfants ou descendants issus du mariage qui sont appelés à la succession de l'instituant. On sait qu'ils bénéficient d'une substitution expresse ou tacite : ils viennent donc à la succession, non par représentation de leur auteur, mais de leur chef, en vertu du titre propre que l'institution leur a conféré. Et les biens compris dans l'institution se partagent entre eux suivant les règles admises en matière de succession. Ils peuvent, dès lors, accepter le bénéfice de l'institution, tout en renonçant à la succession de l'institué. — Si l'institué survit au donateur, mais

67. Aubry et Rau, XI, § 739, p. 683, note 76.

renonce à l'institution, ils sont autorisés à la recueillir ; car une telle renonciation ne saurait les priver d'un droit qui leur appartient personnellement.

Cependant, si les deux époux ont été institués conjointement et qu'un seul survive à l'instituant, c'est lui qui recueille la part du prémourant. En l'absence d'institution conjointe, au contraire, la part du prémourant n'accroît pas au survivant et échoit aux enfants et descendants [68].

***

Lorsque l'institution contractuelle a pour objet une somme d'argent, elle pose des problèmes identiques à ceux que nous avons envisagés en examinant les donations de sommes payables au décès du donateur ou à prendre sur sa succession. La Jurisprudence leur donne les mêmes solutions.

Elle décide qu'il faut voir dans une telle libéralité la constitution irrévocable au profit de l'institué d'un droit de créance à terme sur la succession de l'instituant. Si celle-ci ne présente aucun actif, le titre de l'institué n'est pas néanmoins frappé de caducité : assimilé à un créancier ordinaire, dont le titre est devenu exigible, l'institué peut poursuivre le recouvrement de sa créance à l'encontre des héritiers ou

68. Aubry et Rau, XI, § 739, p. 685 ; Demolombe, XXIII, 326.

légataires, qui sont tenus même au-delà des forces de la succession [69].

Si, d'autre part, le *de cujus* a fait plusieurs institutions successives ayant pour objet des sommes d'argent, et ne laisse pas des valeurs suffisantes pour payer tous les institués, ceux-ci ne concourent pas au marc le franc. Ils viennent par ordre de date, les donations les plus anciennes étant exécutées au détriment des plus récentes [70]. C'est l'application stricte du principe d'irrévocabilité.

Mais que décider au cas où le donataire d'une somme d'argent est en conflit avec les bénéficiaires d'une libéralité plus récente portant sur un corps certain ? Le droit de créance du premier institué, antérieur en date, va-t-il rendre caduque la seconde libéralité qui pourrait être exécutée en nature ?

Les Tribunaux ont été appelés à trancher la difficulté dans une espèce où la seconde libéralité avait pour objet un immeuble qui se trouvait en nature dans la succession, mais avait été saisi et vendu à la requête d'un créancier personnel du second donataire. Le Tribunal, puis la Cour de Bordeaux [71] ont jugé que le premier institué ne pouvait exercer ses droits sur le prix d'adjudication, la situation étant très diffé-

69. Bordeaux, 6 avril 1892, D.P. 93-2-274 ; Besançon, 8 juin 1898, D.P. 99-2-143. — Cf. aussi Aubry et Rau, XI, § 739, p. 682, note 71 ; Planiol et Ripert, V, n° 781, p. 841.

70. Req. 7 mars 1860, D.P. 60-1-153.

71. 14 décembre 1911, D.P., 1912-2-281.

rente de celle où le second donataire se présenterait aussi comme donataire d'une somme d'argent.

L'arrêt de Bordeaux est longuement motivé. — La thèse du premier institué serait fondée, dit-il, si les deux donataires invoquaient l'un et l'autre un droit de créance gagé par l'ensemble du patrimoine du défunt. Elle doit être rejetée, parce que les deux libéralités ont des objets essentiellement distincts ; — que le second donataire bénéficie, non d'un droit de créance sur la succession, mais d'un droit réel qui rétroagit au jour de l'institution ; — qu'enfin le disposant a exprimé sa volonté formelle d'accorder une préférence à la donation qu'il lui a faite.

Cette solution est approuvée par de Loynes [72], qui, toutefois, écarte les deux derniers motifs de l'arrêt : le second, en observant que, si le donataire devient propriétaire des immeubles en vertu d'un titre antérieur au décès, il n'acquiert cependant ce droit de propriété qu'à l'ouverture de la succession ; — et le troisième, en faisant remarquer que la volonté du donateur ne saurait aller contre le principe d'irrévocabilité, qui est de l'essence des donations de biens à venir par contrat de mariage.

De Loynes reprend et développe avec beaucoup d'originalité le motif initial de l'arrêt. — L'art. 1083

72. Notes sous Bordeaux, 14 décembre 1911, D.P., 1912-2-281, et sous Civ. 10 février 1914, D.P. 1917-1-73.

Civ., décide seulement que le donateur ne pourra plus disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation, ce qui revient à lui interdire de révoquer l'institution contractuelle par une libéralité ultérieure. Lorsque l'institution a pour objet une somme d'argent, le droit de disposer à titre gratuit est restreint en ce sens que le donateur doit conserver dans son patrimoine des valeurs suffisantes pour assurer le paiement, à son décès, de la somme donnée . Il y a lieu, dès lors, de rechercher « si, au moment de la seconde donation, le donateur était de bonne foi, s'il avait alors la conviction et même la certitude de ne pas porter atteinte aux droits de l'institué antérieur, si les biens composant à cette époque son patrimoine, déduction faite des corps certains, objets de sa nouvelle libéralité, avaient une valeur suffisante pour acquitter la somme donnée par la première institution contractuelle ». Et il n'y a pas à tenir compte de l'état de choses existant au jour du décès ; peu importe que la somme produite par la réalisation des autres biens héréditaires ne suffise pas à acquitter la somme donnée au premier institué.

Le donataire ne peut être exposé à « perdre en totalité ou en partie le bénéfice d'une libéralité que le donateur estimait avoir le droit de consentir, parce que, au moment où l'acte recevait sa perfection, il ne portait aucune atteinte aux droits de l'institué

antérieur ». Il doit être admis à recueillir l'immeuble par préférence ; car le donataire de somme ne peut poursuivre son paiement que sur les biens qui, à son égard, ne sont pas régulièrement sortis du patrimoine du donateur. Celui-ci, ayant conservé la faculté de disposer à titre gratuit de ses immeubles, pourvu que l'acte ne soit pas frauduleux, ces biens sont donc, par la volonté légale qu'il a manifestée, distraits du patrimoine héréditaire qui est le seul gage du donataire de somme.

L'argumentation de de Loynes est ingénieuse et très séduisante. Cependant l'arrêt de Bordeaux, frappé de pourvoi, a été cassé. « Attendu, dit la Cour de Cassation [73], que de la combinaison des art. 1082 et 1083 C. civ. il résulte que, si l'auteur d'une institution contractuelle conserve jusqu'à son décès la propriété de tous les biens composant son patrimoine, ladite institution a néanmoins pour effet de restreindre l'exercice de son droit de propriété en ce qu'elle rend les dispositions à titre gratuit par lui faites ultérieurement inefficaces au regard de l'institué, lorsqu'elles sont de nature à anéantir ou à réduire les droits de succession irrévocablement conférés à ce dernier... ; — Attendu, d'une part, que la restriction sus-énoncée apportée par l'institution contractuelle

73. Civ. 10 février 1914, D.P., 1917-1-73.

aux droits de disposition de l'instituant s'applique aussi bien aux donations ultérieures de corps certains qu'à celles de sommes d'argent... ; — Attendu, d'autre part, que les choses déterminées, comprises dans une institution contractuelle, ne sortant pas, par l'effet de cette institution, du patrimoine du donateur, font partie de sa succession ; que l'institué n'en acquiert la propriété qu'au décès de l'instituant et sans que cette acquisition s'opère avec effet rétroactif ; — Attendu, enfin, que l'instituant ne peut, par une manifestation de volonté, dépouiller un premier institué de ses droits, au profit d'un institué postérieur.. »

La solution de la Cour de cassation est la conséquence logique du parti qu'elle a adopté sur la question du concours d'institutions successives portant sur des sommes d'argent. Dans un cas comme dans l'autre, la règle *Donner et retenir ne vaut* amène à décider que les libéralités doivent être exécutées par ordre de date. Et le donataire d'immeuble ne doit pas être mieux traité que le donataire de somme d'argent ; car, si celui-ci n'a qu'un droit de créance sur la succession du disposant, celui-là ne devient propriétaire du bien donné qu'à l'ouverture de la succession. Il n'est donc pas exact de dire, avec la Cour de Bordeaux, que le droit réel du donataire d'immeuble est antérieur au droit de créance du donataire de somme, premier institué.

Il semble toutefois que le donataire de corps certain peut valablement s'opposer à la vente du bien donné, en payant au premier donataire la somme à laquelle il a droit et que les autres valeurs héréditaires ne permettent pas d'acquitter [74].

74. Note de Loynes, sous Civ. 10 février 1914, D.P., 1917-1-73.

CHAPITRE II

RÈGLES PARTICULIÈRES A L'INSTITUTION CONTRACTUELLE ÉMANANT D'UN ÉPOUX

On sait que l'art. 1091 du Code civil autorise les futurs époux à se faire entre eux, dans leur contrat de mariage, les mêmes donations que celles qu'un tiers pourrait leur faire, et même des donations réciproques. Les donations de biens à venir sont particulièrement fréquentes et, lorsqu'il y a lieu à interprétation, il semble plus juste de voir dans la libéralité faite par le futur époux une institution contractuelle.

Les donations entre époux de biens présents faites à terme ou sous condition peuvent être considérées comme étant l'exception. Car elles n'offrent pas d'utilité appréciable pour le donataire qui a déjà la jouissance, en commun avec son conjoint, des revenus du ménage. Aussi doit-on admettre, dans le doute, que les donations de cette nature portent sur les biens à venir provenant de la succession du prémourant, plutôt que sur les biens présents.

De nombreuses décisions ont fait application de cette règle, notamment à la donation d'une rente viagère à compter du décès du donateur [1] et à la donation de la pleine propriété ou de l'usufruit d'une somme à prélever sur les valeurs de la succession [2].

Mais la Jurisprudence est loin d'être unanime, et, dans des espèces tout à fait analogues, on rencontre des solutions opposées. C'est ainsi qu'ont été qualifiées de donations de biens présents : la donation d'une rente viagère payable à partir du décès [3], la donation d'une somme à prendre sur les biens de la succession [4], la donation de l'usufruit d'une somme d'argent à compter du décès [5], la donation à titre de gain de survie d'une somme d'argent, ainsi que de l'habitation, de l'entretien et de la nourriture du conjoint pendant la viduité [6].

L'analyse de la clause litigieuse, l'interprétation de la volonté du disposant, l'examen de l'ensemble du contrat de mariage — pas plus que le choix des formules employées — ne suffisent à expliquer ces divergences de solutions, rendues possibles par le

1. Rouen, 11 juillet et 20 décembre 1856, D.P., 57-2-109 et 110 ; Toulouse, 30 juillet 1888, D.P., 89-2-25 ; Req., 9 juillet 1889, D.P., 89-1-366 ; Bourges, 18 février 1908, D.P., 1912-2-111.
2. Req., 20 décembre 1854, D.P., 55-1-117 ; Req., 16 mai 1855, D.P., 55-1-245 ; Req., 14 décembre 1885, D.P., 86-1-188.
3. Montpellier, 9 août 1886, S., 87-2-78.
4. Lyon, 13 août 1845, D.P., 46-2-220 ; Req., 27 décembre 1859, D.P.60-1-105.
5. Grenoble, 8 février 1879, D.P., 80-2-149.
6. Grenoble, 19 décembre 1893, D.P., 95-2-140.

des biens compris dans l'institution, la femme, qui en est bénéficiaire, ne peut agir, ni sur les immeubles aliénés à titre onéreux, ni au préjudice des créanciers hypothécaires du mari ; mais qu'on ne saurait inférer de là, comme le fait l'intimé, que l'hypothèque légale n'existe pas, et que la seule garantie de la femme est dans la révocation de l'aliénation effectuée en violation de l'art. 1083 Code civil ; — Que rien n'interdit la coopération de ces deux moyens, qui répondent à des nécessités diverses, l'action en nullité permettant d'atteindre les biens donnés, l'hypothèque légale devant, ce qui est sa raison même, assurer le recouvrement des droits de la femme sur les immeubles laissés par son conjoint ; qu'opposable aux créanciers des héritiers de ce dernier, cette hypothèque peut constituer, en effet, pour la femme, la sanction utile d'une condamnation à des dommages-intérêts obtenue contre son mari ou contre sa succession ; qu'il en sera ainsi surtout quand l'aliénation illicite à titre gratuit aura porté sur des valeurs mobilières ayant perdu leur individualité, ou lorsque la revendication sera paralysée par l'art. 2279 C. civ. ; — Que la double objection, tirée de ce que la femme n'aurait pendant la vie du mari ni droit de suite ni droit de préférence, et que sa situation serait celle de l'héritier réservataire auquel la loi n'a accordé aucune hypothèque légale, doit être également écar-

tée ; que le premier moyen, exact en tant que les droits des tiers dérivent d'actes à titre onéreux, ne l'est certainement pas quand c'est une disposition à titre gratuit qui est invoquée ; que l'assimilation soutenue par le second moyen ne peut pas davantage se justifier, le législateur ayant traité différemment les deux situations, en accordant en faveur du mariage des avantages exceptionnels, et en assurant leur exécution au profit de la femme par l'art. 2135 C. civ. ».

L'argumentation de la Cour de Rouen est intéressante, mais basée sur une interprétation de l'art. 2135 qui paraît trop extensive : l'hypothèque légale jouerait en faveur de « tous les avantages actuels ou éventuels de la femme, qu'ils aient pour objet des biens présents ou à venir ». Certes, l'hypothèque peut être constituée pour sûreté d'une créance éventuelle [20]. Mais le titre de successible ne peut faire l'objet d'une garantie hypothécaire.

Or la donation de biens à venir ne confère au donataire, suivant la formule de la Cour de cassation, qu'un droit éventuel et incertain, qui ne se réalise qu'à l'ouverture de la succession du donateur et sur les biens qui s'y trouvent. — La femme instituée contractuellement a la qualité de successible, lors

20. Civ., 16 avril 1889, S., 89-1-271 ; — Aubry et Rau, III, § 264 ter, p. 377 et suiv.

même que son droit s'analyse en un droit de créance — comme en matière de donations de sommes d'argent — elle n'est pas créancière de son mari, mais seulement de la succession de celui-ci.

***

Le Code civil soumet l'institution contractuelle émanant d'un conjoint à un certain nombre de règles, qui constituent autant de dérogations aux principes applicables à la donation de biens à venir en général.

1° Le mineur bénéficie d'une extension de capacité exceptionnelle (art. 1095 et 1398).

2° La libéralité n'est pas transmissible aux enfants à naître du mariage (art. 1093).

3° Elle est irrévocable malgré la survenance d'enfants.

Enfin la Jurisprudence, interprétant l'art. 959, décide que l'institution contractuelle émanant d'un conjoint est révocable pour ingratitude.

L'extension de capacité reconnue au mineur a sa cause dans l'intérêt du mariage, qui a inspiré de nombreuses dispositions du Code civil. — On sait qu'en règle générale, la donation est interdite au mineur d'une manière absolue, dans une pensée de protection de son patrimoine (art. 903 et 904). Mais, quand il s'agit de son contrat de mariage et de libéralités à faire à son futur conjoint en vue du mariage, la loi

lui permet de faire les mêmes donations que s'il était majeur ; il suffit qu'il soit régulièrement autorisé par les personnes qui doivent l'assister dans son contrat de mariage.

Cette règle est commune aux donations de biens présents et aux donations de biens à venir. Elle est d'autant plus remarquable que les donations faites par contrat de mariage sont souvent considérables, et que, par testament, le mineur ne peut léguer que la moitié de ce dont il pourrait disposer s'il était majeur (art. 904). Après la célébration du mariage, le mineur qui veut faire d'autres libéralités entre vifs à son conjoint, devra, au contraire, attendre sa majorité.

L'institution contractuelle émanant d'un époux est intransmissible aux enfants, décide l'art. 1093 ; c'est qu'elle n'a de raison d'être qu'au profit du conjoint donataire. En effet, les enfants nés du mariage succèdent au donateur comme au donataire : ils sont héritiers appelés en première ligne et protégés par la réserve héréditaire.

Il en est autrement dans le cas où la donation émane d'un tiers : les enfants ne lui succèdent pas en vertu des règles légales de dévolution. Aussi, par une interprétation de la volonté du disposant, les considère-t-on comme donataires, afin de les faire bénéficier de la libéralité.

Aux termes de l'art. 960 Civ., les donations faites par les futurs conjoints l'un à l'autre ne sont pas susceptibles de révocation pour survenance d'enfant. Cette disposition traditionnelle a été certainement inspirée par la considération déjà émise par Pothier : il est inutile de faire revenir les biens au donateur pour que l'enfant les retrouve dans sa succession, puisqu'il doit les trouver aussi bien dans la succession du donataire dont il est également héritier.

La solution légale n'est pas satisfaisante lorsque, le mariage étant dissous sans enfant, le donateur se remarie et a des enfants de sa nouvelle union. Ceux-ci ne peuvent demander la révocation de la libéralité, car l'art. 960 ne fait aucune distinction ; et cependant, ils ne succèdent ni à l'époux donataire, ni à ses héritiers. Ils peuvent ainsi se voir frustrés d'une partie des biens de leur père, qui n'entendait certes pas les leur enlever pour en faire bénéficier des étrangers.

C'est ce qu'a jugé la Cour de cassation : « Attendu que, si l'art. 960 C. nap., déclare que les donations faites par des personnes qui n'auront pas d'enfants au moment de la donation demeureront revoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur, le même article dispose que cette révocation n'aura pas lieu quand il s'agira de donations faites en contrat de mariage, par l'un à l'autre des conjoints ; — Attendu qu'en affran-

chissant ainsi les donations respectivement émanées des époux, dans leur pacte matrimonial, de la révocabilité pour survenance d'enfants la loi ne distingue aucunement entre le cas où il naîtrait aux conjoints des enfants légitimes communs et le cas où, leur mariage étant demeuré stérile et l'époux donataire étant prédécédé, l'époux donateur aurait un ou plusieurs enfants d'un second mariage ; — Qu'il n'est pas permis aux tribunaux de créer une telle distinction lorsqu'elle n'est pas écrite dans la loi ; — Attendu qu'on ne saurait détruire l'autorité du texte formel et précis de l'art. 960, par la considération prise de ce qu'en certains cas particuliers, tels que celui de l'espèce, les enfants du donateur pourront voir une partie des biens de leur auteur passer, de préférence à eux, aux collatéraux du donataire, par suite de dispositions à titre gratuit ; — Qu'en effet il est certain que, dans la donation par contrat de mariage, à la différence de ce qui a lieu dans la donation ordinaire, le donateur pense aux enfants qui pourront lui survenir et leur préfère le donataire ; que, surtout, la faveur due aux stipulations du contrat de mariage, considérées comme condition d'une union conjugale qui, sans elle, aurait pu ne pas avoir lieu, défend d'admettre qu'aucun fait postérieur puisse y porter atteinte, à moins d'une disposition expresse de la loi... »[21].

21. Civ. 11 mai 1857, D.P., 57-1-215. — Cf. aussi Rennes, 5 décembre 1854, D.P., 55-2-344.

Les donations en faveur du mariage ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude. On en connaît la raison : le législateur a craint de frapper les enfants en leur faisant subir les conséquences de la faute commise par le donataire. Cette préoccupation lui a inspiré la formule très générale de l'art. 959 Civ.

Cependant les motifs de la loi font défaut quand il s'agit de donations faites par l'un des futurs époux à l'autre. Le donateur n'est animé que par son affection pour le donataire ; et la révocation ne nuira pas aux enfants, qui retrouveront dans la succession du donateur les biens dont le donataire aura été privé.

Aussi la Jurisprudence, se basant sur la tradition de l'Ancien Droit et les travaux préparatoires, est-elle unanime à décider que ces libéralités sont révocables pour ingratitude comme les donations ordinaires [22]. « Attendu, en principe général, dit notamment l'arrêt de la Cour de cassation du 26 février 1856, que les donations entre vifs sont révocables pour cause d'ingratitude ; que si, sous l'ancienne législation, il avait été introduit une dérogation à ce principe à l'égard des donations faites en faveur du mariage, cette exception ne s'appliquait qu'aux donations faites aux époux par les tiers ; que les donations faites

22. Civ. 26 février 1856, D.P., 56-1-49 ; Civ. 10 mars 1856, D.P., 56-1-54 ; Civ. 17 février 1873, D.P., 73-1-483 ; Bordeaux, 27 novembrz 1890, D.P., 92-2-539 ; Cass. belge, 13 juin 1912, S., 1913-4-15.

par les époux l'un à l'autre restaient soumises à la révocation ; que le Code Napoléon s'est approprié cette jurisprudence ; qu'en présentant au Corps législatif le projet de loi qui établissait la révocabilité des donations pour cause d'ingratitude, l'orateur du gouvernement s'exprimait en ces termes : « Les donations en faveur de mariage sont exceptées, parce qu'elles ont pour objet les enfants à naître, qui ne doivent pas être victimes de l'ingratitude du donataire » ; — Attendu que ces motifs ne peuvent s'appliquer qu'aux donations faites aux époux par des tiers ; que les donations entre époux n'ont nullement pour objet les enfants à naître ; qu'elles ne sont stipulées qu'en vue de l'attachement que les époux se promettent ; qu'elles sont déclarées révocables par l'art. 299 du C. nap. applicable à la séparation de corps comme au divorce, aux termes duquel l'époux contre lequel le divorce a été admis perd tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté... ».

La règle de l'art. 299 restreint beaucoup le champ d'application de la révocation pour ingratitude, et la question ne se présente guère en pratique que lorsque l'époux donateur est décédé sans avoir engagé l'action. Conformément au principe posé par l'art. 957, les héritiers doivent former la demande dans l'année

des faits sur lesquels elle est basée, sous peine de déchéance.

***

Il convient enfin de rappeler que les art. 1094 (modifié par la loi du 14 février 1900) et 1098 du Code civil édictent des règles spéciales relatives à la quotité disponible entre époux. — La question est étrangère à notre sujet ; nous nous bornons à la signaler.

CHAPITRE III

NATURE JURIDIQUE DE L'INSTITUTION CONTRACTUELLE

On sait que le Code civil ne connaît que deux modes de disposer de ses biens à titre gratuit : la donation entre vifs et le testament (art. 893). L'institution contractuelle ne peut donc être considérée ni comme une donation à cause de mort, ni comme un mode de disposer tout à fait spécial. Les caractères qui lui sont propres ne sauraient être méconnus ; mais on est contraint de la rattacher à l'un des deux types de libéralités que connaît seuls notre Droit.

Les conséquences de la solution adoptée sont importantes, car elles permettent de suppléer au silence du Code sur un certain nombre de points essentiels : notamment, en ce qui a trait aux questions de capacité et de réduction pour atteinte à la réserve.

L'examen des conditions et des effets de la donation de biens à venir par contrat de mariage — qu'elle émane d'un tiers ou de l'un des futurs époux — nous a permis de préciser les règles de fond et de forme de

l'institution et d'en voir le fonctionnement pratique. Il convient maintenant d'essayer de donner une réponse au problème de sa nature juridique, dont nous connaissons les données.

L'institution contractuelle présente des ressemblances frappantes avec la donation entre vifs.

Du point de vue de la forme, elle est soumise aux mêmes règles que le contrat de mariage et lui emprunte son caractère d'acte public et solennel.

Quant au fond, elle est un contrat, nécessitant le concours de deux volontés ; l'institué doit l'accepter, au moins d'une manière tacite.

L'élément essentiel de la donation entre vifs — qui l'oppose au testament — est l'irrévocabilité de la disposition. Or l'instituant est privé du droit de disposer à titre gratuit des biens compris dans la libéralité. Et cette règle revêt une telle importance que la Jurisprudence écarte la loi du concours en matière de donations successives de sommes d'argent à prendre sur la succession de l'instituant ; nous avons vu qu'elle reconnaît même un droit de priorité au donataire de somme à l'égard du donataire d'immeuble dont le titre est postérieur en date.

Du vivant de son auteur, le droit de l'institué est conditionnel quant à son ouverture et éventuel quant à son objet. C'est cependant un droit acquis irrévocablement, supérieur à l'expectative de l'héritier

ab intestat et même du réservataire. Aussi, l'institué est-il autorisé à faire des actes conservatoires pour le sauvegarder. Et, après le décès de l'instituant, l'action paulienne lui permettra d'anéantir les aliénations frauduleuses réalisées au mépris de son droit.

Nous savons que, dans l'Ancien Droit, avait prévalu l'opinion de Pothier, qui voyait dans l'institution contractuelle une donation entre vifs.

Et il ne semble pas que les rédacteurs du Code civil aient voulu s'écarter de la tradition historique, puisqu'ils ont donné à l'institution contractuelle le nom de *donation de biens à venir.*

Sur plusieurs points, cependant, elle diffère de la donation entre vifs.

Elle déroge au principe fondamental de la prohibition des pactes sur succession future. — Lorsqu'elle porte sur des effets mobiliers, elle n'est pas subordonnée à l'existence d'un état estimatif. — Elle n'est pas révocable pour survenance d'enfant quand elle émane d'un époux, pour ingratitude quand elle est faite par un tiers. — Enfin, le mineur qui la réalise jouit d'une capacité largement accrue.

Quels que soient les motifs qui ont inspiré ces solutions, elles constituent autant d'exceptions aux principes généraux des libéralités entre vifs.

A d'autres points de vue, l'institution contractuelle se distingue essentiellement de la donation et présente de grandes analogies avec le testament.

Elle est, tout d'abord, indirectement révocable, en ce sens que le disposant peut aliéner à titre onéreux les biens compris dans l'institution, au point d'anéantir complètement celle-ci. Elle l'est encore, en ce qu'il peut assortir la libéralité d'une condition potestative, de la charge de payer ses dettes futures, et même de la réserve de disposer à titre gratuit des choses données. La portée de la règle *Donner et retenir ne vaut* est ainsi singulièrement réduite.

Comme le legs, elle est subordonnée à la condition de survie du bénéficiaire. (Cependant le legs est toujours caduc par le prédécès du légataire (art. 1039 Civ.), tandis que l'institution faite par un tiers s'adresse également aux enfants à naître du mariage et peut, dès lors, conserver son effet bien que l'institué soit mort avant l'instituant).

Elle a pour objet des biens envisagés au point de vue successoral et crée un successible, non un donataire proprement dit.

Du vivant de l'instituant, aucun transfert de propriété n'intervient. L'institué n'a pas un droit actuel, pouvant être cédé ou saisi, et l'autorisant à demander la rétractation des actes à titre gratuit passés en fraude de ses droits. Aussi est-on conduit à décider que son droit ne peut être garanti ni par une hypothèque conventionnelle ni, s'il s'agit de la femme, par l'hypothèque légale.

C'est seulement au décès du disposant que l'effet de la libéralité est déterminé. L'institué jouit de la triple option de l'héritier ; il est saisi dans les mêmes conditions qu'un légataire et doit, comme lui, contribuer au paiement des dettes du défunt. (Il n'est pas tenu, toutefois, d'acquitter les legs (art. 1083 Civ.), et peut renoncer tacitement).

Le caractère successif du droit de l'institué est mis encore en évidence par la dispense de transcription, cette formalité n'étant nécessaire ni du vivant de l'instituant, ni après son décès. — Enfin, il est souligné par la nature de l'action mise à la disposition de l'institué pour faire respecter ses droits : on sait qu'elle est analogue à l'action en réduction du réservataire.

***

On voit combien il est délicat de déterminer la nature de l'institution contractuelle. De nombreuses considérations divergentes entrent en jeu, et aucune des règles posés par le Code ou la Jurisprudence n'est indifférente. On est contraint de ne retenir que celles qui sont essentielles et donnent à la libéralité sa physionomie originale.

Aubry et Rau les mettent nettement en relief : « Le caractère distinctif de l'institution contractuelle consiste en ce que, d'un côté, elle est à certains égards irrévocable, et en ce que, de l'autre, elle ne porte

cependant que sur des biens à venir et se trouve subordonnée à la survie du gratifié. C'est par le premier de ces traits que l'institution contractuelle diffère du legs et de l'ancienne donation à cause de mort ; c'est par le second qu'elle se distingue de la donation entre vifs ordinaire »[1].

Et, précisant leur pensée dans une heureuse formule, les mêmes auteurs ajoutent : « Sous le rapport de son objet, qui consiste en biens à venir ou héréditaires, l'institution contractuelle se rapproche du legs. Mais, au point de vue des conditions auxquelles ces biens peuvent devenir la matière d'une institution contractuelle, cette dernière doit plutôt, à raison de son irrévocabilité, être assimilée à une donation entre vifs »[2].

Deux séries d'hypothèses ont amené les tribunaux à se prononcer sur la question de principe :

1° la femme mariée sous le régime dotal peut-elle aliéner les biens dotaux au moyen d'une institution contractuelle ?

2° la personne pourvue d'un conseil judiciaire peut-elle faire, au profit de son futur conjoint, une donation de biens à venir par contrat de mariage sans l'assistance de son conseil ?

En effet, l'art. 1554 Civ. interdit, en principe, à la

1. XI, § 739, p. 651.
2. XI, § 739, p. 654.

femme d'aliéner ou d'hypothéquer pendant le mariage les immeubles dotaux, et la Jurisprudence a étendu la prohibition à la dot mobilière. — D'autre part, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire n'est pas autorisé à aliéner ses biens sans l'assistance de son conseil (art. 499 et 513 Civ.), tandis qu'il ne lui est pas interdit de tester.

La Jurisprudence a été longtemps divisée, et l'opinion des auteurs reflète ses incertitudes. Un arrêt des Chambres réunies de la Cour de cassation a dû intervenir pour mettre fin à la controverse : il a consacré définitivement la thèse qui rattache l'institution contractuelle à la donation.

A la suite d'une série de décisions divergentes des Cours d'appel [3], la Cour de cassation a jugé que l'institution contractuelle réalisée par une femme dotale et portant sur des biens dotaux était nulle [4]. « Attendu, dit l'arrêt du 8 mai 1877, que l'art. 1554 C. civ. édicte une règle générale, absolue, prohibant l'aliénation des biens dotaux hors des exceptions précisées dans les articles suivants, d'où la conséquence que toute alié-

3. Pour la validité : Grenoble, 11 juin 1851, D.P., 51-2-71 ; Nîmes, 1er février 1867, D.P., 68-2-134 ; Bordeaux, 8 mai 1871, D.P. 72-2-5 ; — Delvincourt, II, 423 ; Duranton, IX, 723 ; Troplong, *Du contrat de mariage*, IV, 3272, *Des donations*, IV, 2371. — Contrà : Agen, 28 janvier 1856, D.P., 56-2-96 ; Agen, 6 novembre 1867 et Pau, 26 février 1868, D.P., 68-2-132. — Aubry et Rau, XI, § 739, p. 654 note 9 ; Demolombe, XXIII, 284 ; Rodière et Pont, *Du contrat de mariage*, III, 1769 ; Planiol et Ripert, V, n° 771, p. 825.

4. Req. 8 mai 1877, D.P., 78-1-32 ; Req. 25 avril 1887, D.P., 88-1-169.

nation est prohibée par cela seul qu'elle n'est pas autorisée ; — Attendu que la donation de biens à venir emporte le dessaisissement, la perte immédiate et irrévocable d'un des attributs essentiels du droit de propriété, puisqu'elle enlève au donateur la faculté de disposer, à titre gratuit, des objets compris dans la donation ; — Qu'elle constitue ainsi l'aliénation manifeste d'une des prérogatives les plus importantes de la propriété dotale, dont la destination est de pourvoir, non seulement à l'entretien du ménage, mais encore à l'établissement des enfants (art. 1555, 1556 C. civ.) ; — Attendu que la donation de biens à venir ne rentre dans aucune des exceptions déterminées par la loi... ».

L'arrêt des Chambres réunies du 21 juin 1892[5] a mis un terme à la longue discussion instaurée sur le point de savoir si la personne pourvue d'un conseil judiciaire, habile à contracter mariage sans l'assistance de son conseil, était, par cela même, habile à régler seule toutes les conditions civiles dont le mariage peut être assorti.

En écartant la célèbre maxime *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia,* il a également refusé de consacrer la validité de l'institution contractuelle réalisée par un prodigue non assisté de son conseil. C'était reconnaître à l'institution contractuelle,

5. D.P. 92-1-369, S., 94-1-449.

du moins au point de vue de la capacité du disposant, le caractère de donation entre vifs.

La généralité des termes employés donne à cette décision toute la portée d'un arrêt de principe : « Attendu ... qu'il n'y a pas lieu de distinguer, au point de vue de la capacité du disposant, entre les donations de biens présents et celles de biens à venir ; qu'à la vérité ces dernières n'emportent pas un dessaisissement immédiat et complet de la chose donnée, puisque le donateur reste libre d'en disposer à titre onéreux ; mais qu'elles le dépouillent actuellement et irrévocablement du droit de disposer à titre gratuit, au préjudice du donataire, circonstance qui leur imprime le caractère de donations entre vifs et ne permet pas de les confondre avec des dispositions testamentaires ...».

La solution donnée par la Cour de cassation est conforme à l'avis exprimé par la majorité de la Doctrine [6]. Et la question était posée dans toute son ampleur.

Le défendeur au pourvoi avait soutenu avec l'arrêt attaqué [7] « que l'institution contractuelle, au sens que lui donnait l'Ancien Droit, n'existe plus ; qu'aux termes de l'art. 893 C.civ. on ne peut disposer de ses biens à titre gratuit que par donation entre vifs ou par testament ; que, quels que soient les caractères particuliers

6. Aubry et Rau, XI, § 739, p. 658 ; Demolombe, XXIII, 283 ; Laurent, XV, n° 196 ; Delvincourt, II, 422 ; Colmet de Santerre, IV, 253 *bis* ; Bonnet, II, 322 et 323.
7. Orléans, 11 décembre 1890, D.P., 91-2-362.

de la donation de biens à venir, libéralité spéciale au contrat de mariage, on ne peut y voir, comme dans celle des biens présents, qu'une disposition entre vifs ; qu'à la vérité la donation de biens à venir ne dessaisit pas actuellement le donateur, puisqu'il peut toujours disposer à titre onéreux de la chose donnée ; mais qu'elle n'en a pas moins le caractère essentiel de la donation, l'irrévocabilité (art. 1082, 1083), en ce sens que le donateur ne pourra plus disposer à titre gratuit de l'émolument de la donation ; d'où cet effet immédiat d'épuiser ou de restreindre entre les mains du donateur la quotité disponible et de le mettre, à l'occasion, dans l'impossibilité de doter convenablement ses enfants. D'où, enfin, cette conséquence que la donation de biens à venir constituant, comme celle de biens présents, une aliénation, ne saurait échapper à la nullité qui frappe, sans distinguer entre elles, les aliénations consenties par l'incapable pourvu d'un conseil judiciaire, quand elles l'ont été sans l'assistance de ce conseil » [8].

Et le Procureur général Ronjat s'était exprimé avec la même netteté dans ses remarquables conclusions [9] : « Le demandeur s'est efforcé de démontrer que la donation de biens à venir ne constituait pas une alié-

8. Rapport du Conseiller de Larouverade, § 3. Dernière observation D.P., 92-1-372.
9. D.P., 92-1-373.

nation ; il a cherché à démontrer qu'une pareille donation, ne dépouillant pas immédiatement le donateur de la pleine propriété des choses données et n'attribuant au donataire aucun droit actuel et certain, devait être assimilée, non à une donation de biens présents, interdite à celui qui est pourvu d'un conseil judiciaire, mais à une disposition testamentaire qu'il peut faire librement. La loi ne permet de disposer à titre gratuit que de deux manières, par donation entre vifs et par testament (art. 893). Le testament, acte de dernière volonté, n'a d'effet que pour le temps où le testateur n'existera plus ; jusque là il ne confère au légataire aucun droit, même éventuel, il laisse au testateur la pleine propriété et la libre disposition de son patrimoine ; le testament est révocable. Ce sont les deux caractères essentiels de cet acte. La donation de biens à venir faite par contrat de mariage par l'un des futurs époux à l'autre est irrévocable ; elle investit immédiatement le donataire d'un droit, éventuel il est vrai ; elle dépouille immédiatement et irrévocablement le donateur, non de la pleine propriété de ses biens, mais de leur libre disposition ; le donateur ne peut plus en disposer à titre gratuit, même pour accomplir un devoir ; son patrimoine est diminué ; il a aliéné quelque chose, il ne possède plus la totalité des droits qui lui appartenaient avant son mariage. Or la défense d'aliéner écrite dans les art. 499 et 513 est

générale et absolue et s'applique aussi bien aux droits particuliers qu'on a sur les choses qu'à leur pleine propriété ».

***

Cette argumentation paraît difficilement réfutable. C'est, en effet, la notion d'irrévocabilité qui différencie essentiellement la donation entre vifs du testament. C'est elle qui, dans l'analyse des caractères de l'institution contractuelle, doit servir de criterium permettant de déterminer la nature juridique de ce type de libéralité.

Aussi est-on amené à conclure : l'institution contractuelle est une donation entre vifs quoique, portant sur des biens envisagés comme biens héréditaires, elle produise, après le décès du disposant, des effets analogues à ceux d'un testament. — Et il n'y a pas lieu de distinguer entre la libéralité faite par l'un des futurs époux et celle dont l'auteur est un tiers.

La Cour de cassation n'a eu à trancher que deux questions de capacité :

1° la femme mariée sous le régime dotal ne peut aliéner les biens dotaux au moyen d'une institution contractuelle ;

2° la personne pourvue d'un conseil judiciaire pour prodigalité ou faiblesse d'esprit ne peut réaliser une institution contractuelle sans l'assistance de son conseil.

Mais les raisons de décider sont les mêmes dans une série d'hypothèses, où les solutions se déduisent nécessairement du principe adopté. Les principales sont les suivantes.

1° C'est la loi en vigueur au jour du contrat de mariage qui détermine la quotité disponible.

2° Si l'instituant a fait des libéralités portant atteinte à la réserve, l'institution contractuelle ne sera réduite qu'à sa date, après les legs et les donations ultérieures.

3° L'époque à prendre en considération pour la capacité du gratifié est celle du contrat de mariage.

Titre III

La donation cumulative de biens présents et à venir

La donation cumulative de biens présents et à venir est la disposition unique, contenue dans un contrat de mariage, qui porte, à la fois, sur tout ou partie des biens présents et des biens à venir du donateur. — C'est une libéralité d'une nature particulière, à laquelle le Code civil a consacré les art. 1084 et 1085.

Elle présente les mêmes difficultés de qualification que l'institution contractuelle ou la donation de sommes payables au décès du disposant. Les Tribunaux jouissent du même pouvoir souverain d'appréciation, que la Cour de cassation leur reconnaît [1].

La circonstance que les biens donnés ont été l'objet d'une disposition unique n'est pas décisive par elle-

1. Req., 22 novembre 1882, D.P., 82-1-216 ; Req., 19 novembre 1890, D.P. 91-1-473 ; Req., 3 avril 1905, D.P. 1905-1-224 ; — Aubry et Rau, XI, § 740, p. 697 ; Demolombe, XXIII, 364 ; Planiol et Ripert, V., n° 788, p. 846 note 1

même. Deux donations de nature différente peuvent incontestablement se trouver réunies dans une seule et même clause [2].

Il est souvent difficile de distinguer la donation cumulative de la donation de biens présents, et le rôle de l'interprète est rendu plus délicat par l'impropriété des termes, l'imprécision de la pensée du disposant et l'obscurité des formules notariales.

La Jurisprudence a décidé qu'une donation par contrat de mariage pouvait être qualifiée de donation cumulative de biens présents et à venir, malgré le dessaisissement actuel d'une partie des biens donnés [3]. Elle a jugé aussi que la donation cumulative pouvait être assortie de certaines modalités, telles que la réserve d'usufruit stipulée en ce qui concerne les biens présents [4], ou la réserve de l'administration et de la jouissance de ces biens [5].

Les solutions auxquelles les Tribunaux se rallient leur sont dictées fréquemment par le souci de consacrer la validité de la libéralité litigieuse. En effet, aux termes de l'art. 1089, la validité de la donation de biens présents et à venir est subordonnée à la con-

2. Req., 18 mai 1835, S., 35-1-862 ; Req. 30 janvier 1839, D.P., 39-1-148. — Aubry et Rau, XI, § 740, p. 696 ; Demolombe, XXIII, 347.
3. Req. 28 juillet 1856, D.P., 56-1-428 ; Tr. Montbrison, 22 janvier-1902, et Lyon, 28 juillet 1903, sous Req. 3 avril 1905, S., 1906-1-398.
4. Civ. 31 mars 1840, D.P., 40-1-182 ; Limoges, 26 novembre 1872, D.P., 73-2-104 ; Req, 15 mai 1876, D.P. 77-1-195.
5. Angers, 12 décembre 1889, sous Req., 19 novembre 1890, D.P., 91-1-473.

dition de survie du donataire ou de ses descendants (ou simplement du donataire, s'il s'agit d'une donation faite par l'un des futurs époux). Aucun texte n'impose la même modalité à la donation entre vifs.

On voit, dès lors, l'intérêt de la question, au cas de prédécès du donataire sans postérité. Si la libéralité est considérée comme une donation cumulative, elle est tout entière frappée de caducité. Si, au contraire, on est en présence de deux donations distinctes, portant l'une sur des biens présents, l'autre sur des biens à venir, la libéralité restera valable quant aux biens que le donateur possédait au moment où elle a été réalisée.

***

Le Code civil soumet la donation cumulative à un certain nombre de règles propres. Mais, du vivant du donateur, elle est régie par les mêmes principes que l'institution contractuelle.

Elle ne peut avoir lieu que par contrat de mariage, et ne peut être faite qu'au profit des futurs époux et des enfants ou descendants à naître du mariage. Ceux-ci sont présumés institués pour le cas où leurs auteurs seraient prédécédés ou indignes, ou renonceraient. Ils jouissent d'un droit propre, et peuvent réclamer le bénéfice de la libéralité tout en renonçant à la succession de leurs auteurs [6].

6. Aubry et Rau, XI, § 740, p. 698.

Comme l'institué contractuel, le donataire de biens présents et à venir est saisi de son droit dès le jour de la donation. Mais la propriété des biens sur lesquels elle porte n'est transférée qu'au décès du disposant. Celui-ci conserve le droit de les aliéner à titre onéreux, qu'il s'agisse de biens présents ou de biens à venir ; et ses créanciers peuvent les saisir [7].

Mais la différence apparaît au décès du donateur. — La donation cumulative de biens présents et à venir est caractérisée par le droit d'option qu'elle confère au donataire. Celui-ci a le choix, soit d'accepter la succession du disposant, comme s'il s'agissait d'une institution contractuelle ordinaire, soit de s'en tenir aux biens présents, c'est-à-dire à ceux que possédait le défunt au jour du contrat, en renonçant au surplus.

Ce choix ne peut être exercé qu'à la mort du donateur ; mais ses effets rétroagissent à la date de la libéralité. D'autre part, le second parti est subordonné à l'accomplissement de certaines conditions, que nous aurons à examiner en détail.

Si le donataire opte pour la donation de biens à venir (que son choix soit volontaire, ou imposé par le défaut d'accomplissement des formalités prescrites), la donation cumulative suit définitivement le sort d'une institution contractuelle pure et simple. — C'est la solution qui résulte de l'art. 1085 Civ.

7. Aubry et Rau, XI, § 740, p. 699 ; Demolombe, XXIII, 349 ; Planiol et Ripert, V, n° 791.

Le gratifié peut donc se comporter comme un légataire : accepter purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire, ou renoncer.

Il est tenu de respecter les aliénations à titre onéreux faites sans fraude par le disposant. Et il importe peu qu'elles aient eu pour objet des biens figurant au contrat de mariage en qualité de biens présents [8].

Il est soumis aux mêmes obligations que l'institué, en ce qui concerne le paiement des dettes et charges de la succession. En particulier, il n'y a pas à distinguer entre les dettes contractées avant la libéralité et celles qui ont pris naissance depuis cette date. L'art. 1085 le dit expressément : « Il sera tenu au paiement de toutes les dettes et charges de la succession ».

Le donataire est autorisé à réclamer tous les effets mobiliers qui se trouvent dans la succession, même si ceux qui existaient déjà à l'époque de la donation n'ont pas fait l'objet d'un état estimatif. Car les prescriptions de l'art. 948 Civ. ne s'appliquent pas à la donation de biens à venir [9].

Si, au contraire, le donataire profite de la faculté exceptionnelle que lui concède la loi et opte pour les biens présents, il recueille la succession comme si elle s'était ouverte au jour de la libéralité. Ce sont les

8. Aubry et Rau, XI, § 740, p. 700.
9. Civ., 27 février 1821, Jur. gén. Dalloz, v° Disp. entre vifs et test., n° 2163 ; Angers, 12 décembre 1889, sous Req. 19 novembre 1890, D.P., 91-1-473.

règles de la donation entre vifs (ou plus exactement de la donation de biens présents par contrat de mariage) qui sont applicables.

De là, résultent des conséquences importantes, notamment en ce qui a trait à l'obligation aux dettes, d'une part, à l'effet des aliénations consenties par le disposant, d'autre part.

Le gratifié est déchargé de tout le passif postérieur au contrat de mariage et n'est tenu de payer que les dettes existant au jour du contrat.

En second lieu, il est réputé propriétaire, dès la même époque, des biens compris dans la donation. Les actes de disposition à titre gratuit ultérieurs ne lui sont pas plus opposables qu'à l'institué contractuel. Mais, de plus, il n'a pas à subir les effets des aliénations à titre onéreux et des constitutions de droits réels réalisées par le donateur. Les actions qui lui permettent de demander la restitution ou le délaissement des immeubles *présents* aliénés, ou de les faire déclarer francs et quittes de toutes les hypothèques et servitudes établies du chef de son auteur, ne se prescrivent qu'à compter de l'ouverture de la succesion puisqu'il ne peut prendre parti qu'à cette date[10].

L'option accordée au donataire est extrêmement avantageuse, car elle lui permet d'échapper aux ris-

10. Aubry et Rau, XI. § 740, p. 703 note 23.

ques de mauvaise fortune qui peuvent atteindre le donateur après le mariage. Si le disposant a bien géré ses affaires et accru la valeur économique de son patrimoine depuis la libéralité, le donataire optera pour les biens à venir. Il déclarera s'en tenir aux biens présents, en renonçant au surplus des biens du donateur, si celui-ci s'est appauvri. — En définitive, il choisira toujours le parti qui donne à la donation sa plus grande efficacité, ajoutant aux biens présents l'actif acquis ultérieurement, ou se déchargeant du passif — créé depuis le contrat du mariage — qui grève la libéralité.

Cependant, une telle alternative cause au donateur une gêne considérable et diminue singulièrement son crédit. En toute hypothèse, les aliénations à titre gratuit lui sont interdites. De plus, les actes de disposition à titre onéreux et les constitutions de droits réels seront annulés rétroactivement si, au décès, le gratifié se prononce pour la donation de biens présents. Cet inconvénient restreint en pratique l'usage de la donation cumulative, ou du moins en limite l'étendue.

***

Au demeurant, l'option en faveur des biens présents est soumise à l'accomplissement de formalités assez rigoureuses :

1° l'indication des dettes et charges existant au jour de la donation ;

2° la transcription de la donation, dans le cas où elle porte sur des immeubles et où le donataire est en conflit avec des tiers au sens de l'art. 940 Civ. ;

3° l'annexion au contrat d'un état estimatif du mobilier.

Il arrive fréquemment que ces formalités ne sont pas exécutées, par suite de l'ignorance du donateur ou de la négligence du donataire ; celui-ci est alors contraint de se prononcer pour la donation de biens à venir, s'il ne veut pas perdre le bénéfice de la libéralité. Les recueils de Jurisprudence en fournissent de nombreux exemples.

Tout d'abord, l'état des dettes et charges existant au jour de la donation est exigé par l'art. 1084 Civ. ; il permet de distinguer, parmi les dettes, celles qui sont antérieures à la donation. S'il n'est pas annexé au contrat de mariage, le droit d'option disparaît, et la libéralité ne peut valoir que comme institution contractuelle, aux termes de l'art. 1085. La Jurisprudence interprète ce texte d'une manière très stricte [11].

Il est certain qu'une simple déclaration indiquant le montant total des dettes ne saurait suffire [12]. — Mais les Tribunaux sont allés plus loin.

Des arrêts ont décidé [13] que l'état des dettes et

11. Civ. 31 mars 1840, D.P., 40-1-182 ; Angers, 12 décembre 1889, sous Req. 19 novembre 1890, D.P., 91-1-473.

12. Limoges, 19 mars 1841, S., 41-2-442 ; — Aubry et Rau, XI, § 740, p. 700 ; Demolombe, XXIII, 360.

13. Montpellier, 7 décembre 1860, D.P., 61-2-180 et, sur pourvoi, Req., 13 novembre 1861, D.P. 62-1-26.

charges, ayant pour but de présenter d'une manière complète la situation passive du donateur, devait comprendre les dettes résultant de comptes courants, même non arrêtés au moment de la donation. En effet, tous les biens que possède le débiteur à un moment donné étant le gage de tous ses créanciers actuels, l'état doit mentionner tout ce dont le donateur est débiteur à un titre quelconque.

Aux termes d'un autre arrêt [14], l'état des dettes et charges ne peut être suppléé, ni par la déclaration que les immeubles donnés ne sont grevés d'aucune dette, ni par la dispense de contribuer aux dettes, lors même que cette dispense s'applique au passif à venir du donateur : « Considérant que la première de ces mentions (déclaration que les immeubles donnés ne sont grevés d'aucune dette) peut signifier seulement que les immeubles ne sont grevés d'aucune inscription, et qu'elle ne veut pas dire que les donateurs n'ont aucune espèce de dettes, même chirographaires ; — Considérant qu'il en est de même de l'exemption de dettes, et qu'en admettant même que la dispense de contribuer aux dettes du donateur puisse être considérée comme équivalente à un état négatif, il ne saurait en être ainsi que lorsque cette dispense s'applique spécialement aux biens présents ; mais que, lorsqu'elle est relative, comme

14. Limoges, 26 novembre 1872, D.P. 73-2-104.

dans l'espèce, même aux dettes futures, elle ne remplit plus le but que s'est proposé le législateur en exigeant l'annexe d'un état des dettes et charges destiné à marquer la ligne qui sépare l'actif présent de l'actif éventuel ; qu'il peut arriver même que cette dispense soit inefficace, par exemple, dans le cas où elle porterait atteinte à la réserve légale ; que, d'ailleurs, l'état détaillé est impérieusement exigé et qu'aucune circonstance ne peut en dispenser... ».

La seconde partie de l'arrêt — celle qui concerne la dispense de contribution — est difficile à justifier ; l'annotateur la critique en termes pertinents [15]. Il ne semble pas douteux, en effet, que le bénéficiaire d'une donation cumulative puisse être affranchi de la contribution au passif correspondant aux biens dont il est gratifié. Tous les réservataires conservent le droit de discuter la validité d'une telle disposition ; et l'art. 945 Civ. fait de l'obligation aux dettes une simple faculté pour l'auteur de la donation entre vifs. Comment exiger, dès lors, qu'un état estimatif soit dressé, lorsque la dispense s'applique aux dettes à venir comme aux dettes présentes ? Il est sans intérêt de distinguer le passif antérieur à la libéralité et le passif postérieur, puisque le donataire est exonéré de l'un et de l'autre.— Par contre, à l'inverse de ce que disent les motifs de

15. D.P. 73-2-104.

l'arrêt, l'état estimatif aurait un objet dans le cas où la dispense ne s'appliquerait qu'aux dettes présentes : il permettrait de connaître exactement par comparaison les dettes contractées depuis la donation, dont la charge incomberait au donataire.

En second lieu, la donation cumulative de biens présents et à venir est soumise à la transcription, quand elle a pour objet des immeubles. La nécessité de cette condition n'est guère discutée [16].

La dispense accordée à l'institution contractuelle se justifie par le fait que la libéralité a pour objet des biens successoraux. Il en est tout autrement en matière de donation cumulative : les tiers doivent être prévenus que les actes passés dorénavant par le donateur ne seront pas opposables au donataire, si celui-ci vient à opter pour les biens présents.

Enfin, le gratifié ne peut faire valoir la donation cumulative comme donation de biens présents que pour les objets mobiliers, compris dans la libéralité, qui ont été décrits et estimés conformément à l'art. 948 Civ.

Certains auteurs ont contesté la nécessité de l'état estimatif. Ils [17] basent leur opinion sur les considérations suivantes. — L'art. 1084 n'exige pas qu'un état estimatif soit annexé au contrat de mariage ; il ne parle que de l'état des dettes et charges du donateur.

16. Req., 15 mai 1876 (motifs), D.P., 77-1-195 ; — Aubry et Rau, XI, § 740, p. 702 ; Planiol et Ripert, V, n° 789.
17. Duranton, IX, 733 ; Troplong, IV, 2444 ; Laurent, XV, 261.

Et cette solution est conforme au caractère de la donation cumulative : celle-ci n'est qu'une variété de la donation de biens à venir, qui n'est pas soumise à la nécessité de l'état estimatif. L'option permet au donataire, lors du décès du disposant, de transformer la libéralité en une simple donation de biens présents ; mais ce n'est là qu'une transformation de son caractère primitif. Or, pour apprécier les conditions de validité d'un acte, il faut se reporter à l'époque de sa confection et n'exiger que les formes qui étaient nécessaires à ce moment.

Cependant, l'opinion contraire, consacrée par un arrêt très ancien de la Cour de cassation [18], tend à prévaloir en Doctrine [19]. — La disposition de l'art. 948 Civ., sanctionnée par une nullité absolue, est en effet générale et s'applique à toutes les donations, faites ou non par contrat de mariage. Elle est basée sur le désir d'assurer l'irrévocabilité de la donation, mais présente d'autres avantages importants : en particulier, l'état estimatif intervient toutes les fois qu'il y a lieu à restitution des objets donnés (rapport, réduction, retour légal ou conventionnel). L'institution contractuelle échappe à la nécessité de l'état estimatif parce qu'aucun des motifs sur lesquels repose l'art. 948

18. Civ. 27 février 1821, Jur. gén. Dalloz, v° Disp. entre vifs et test., n° 2163.

19. Aubry et Rau, XI, § 740, p. 702 ; Demolombe, XXIII, 368 ; Colmet de Santerre, IV, 257 bis n° 3 et 4 ; Planiol et Ripert, V, n° 789.

ne saurait être invoqué. Mais ce texte doit reprendre son empire dès qu'il devient susceptible d'une application effective, comme en matière de donation de biens présents et à venir.

***

Dans l'Ancien Droit, la donation cumulative de biens présents et à venir était considérée différemment par les jurisconsultes des pays de Droit écrit et ceux des pays de Coutumes.

Aux yeux des premiers, c'était une double donation comprenant à la fois des biens présents et des biens à venir [20]. Elle avait pour effet de transférer immédiatement la propriété des biens présents. A l'égard des biens à venir, au contraire, elle était regardée comme une institution contractuelle. — Elle était donc scindée en deux libéralités produisant leurs effets cumulativement, mais tout à fait distinctes.

Dans les pays de Coutumes, on avait de la donation cumulative la même conception que celle du Droit moderne : on y voyait une libéralité unique, qui conférait une option au donataire au décès du donateur. Et les commentateurs appliquaient au choix du donataire des conséquences analogues à celles que consacrent les art. 1084 et 1085 du Code civil [21].

20. Furgole, sur l'art. 17 de l'Ordonnance de 1731.
21. Pothier, Introduction au titre XV de la *Coutume d'Orléans*.

Le problème de la nature juridique de la libéralité se pose de nos jours dans des conditions identiques. Il est aisé à résoudre, et la solution traditionnelle du Droit coutumier doit être approuvée.

Le droit d'option dont bénéficie le donataire caractérise essentiellement la libéralité. Il en détermine aussi le sort.

Pendant la vie du disposant, elle ne se distingue pas de l'institution contractuelle proprement dite.

A l'ouverture de la succession, elle en acquiert définitivement la nature, si le gratifié opte pour les biens à venir.

Si, au contraire, il se prononce pour les biens présents (et si l'accomplissement des formalités exigées lui permet de prendre valablement ce parti), elle devient une donation de biens présents par contrat de mariage, donc une donation entre vifs.

En somme, la donation cumulative de biens présents et à venir est une modalité de l'institution contractuelle qui, par le jeu de l'option du donataire, dégénère en institution contractuelle pure et simple ou, à l'inverse, se transforme en donation entre vifs.

Titre IV

La donation de biens à venir entre époux

CHAPITRE I

REGLES PROPRES A LA DONATION DE BIENS A VENIR ENTRE EPOUX

L'expression *donation de biens à venir entre époux* est réservée à la donation de biens à venir qui intervient pendant le mariage. — Cette libéralité produit les mêmes effets que la donation de biens à venir par contrat de mariage.

Cependant, elle doit en être distinguée à un double point de vue :

1° les conditions de forme qui la régissent ;

2° la très large faculté de révocation dont elle est assortie.

Ces deux ordres d'idées sont étroitement liés. La faculté de révocation est — nous le verrons — un des

éléments essentiels qui déterminent la nature de la donation de biens à venir entre époux. Et c'est le souci de sauvegarder la liberté du disposant qui a inspiré au législateur des règles de forme plus rigoureuses que celles du droit commun des libéralités.

Pendant longtemps, la Jurisprudence a encore accentué cette tendance. — La crainte de voir porter atteinte à la révocabilité des donations entre époux lui a inspiré une solution particulièrement énergique : la prohibition absolue du déguisement et de l'interposition de personne. C'était peut-être dépasser la mesure, et les derniers arrêts de la Cour de cassation marquent une réaction sensible contre un formalisme qui avait soulevé de vives controverses.

***

La donation de biens à venir entre époux ne se différencie pas de l'institution contractuelle, au point de vue de son objet. — Elle porte, tantôt sur l'usufruit, tantôt sur la pleine propriété des biens donnés. Comme l'institution contractuelle émanant d'un futur époux, elle n'est valable que dans la mesure de la quotité disponible spéciale, fixée par les art. 1094 et 1098 Civ.

Le plus souvent, les époux se font des donations mutuelles, chacun d'eux disposant de la quotité disponible au profit de l'autre, pour le cas de survie de ce dernier. (Mais, ainsi que nous allons le préciser, ces

libéralités ne peuvent pas être contenues dans un acte unique). Il est à remarquer que ces donations sont alternatives : seule se réalise celle que le prémourant avait faite, celle qu'il avait lui-même reçue devenant caduque par son prédécès.

A côté des libéralités proprement dites, on rencontre fréquemment le contrat de rente viagère et celui d'assurance sur la vie. Ces contrats sont susceptibles de présenter les modalités les plus diverses. Ils doivent être assimilés à la donation de biens à venir, toutes les fois que la rente ou le capital assuré est stipulé payable au donataire s'il survit, ou réversible sur la tête du survivant des époux.

Ce sont des donations indirectes qui, de même que les dons manuels, empruntent les formes de l'acte juridique qui permet de les réaliser.

Mais la donation de biens à venir entre époux *stricto sensu*, c'est-à-dire la donation directe, est soumise aux règles de forme de la donation entre vifs. Elle doit être reçue par acte notarié (art. 931 Civ.), et en présence d'un second notaire ou de deux témoins instrumentaires (loi du 21 juin 1843, art. 2, et loi du 25 ventôse an XI, art. 9, modifié par la loi du 12 août 1902). —Le donataire doit accepter expressément la libéralité dans l'acte de donation ou dans un acte notarié distinct (art. 932).

A ce double point de vue, la donation qui intervient

pendant le mariage diffère de celle qui est réalisée par contrat de mariage [1]. C'est, néanmoins, le droit commun des donations qui s'applique.

L'art. 1097 Civ. déroge aux règles ordinaires, en disposant que les époux ne peuvent se faire pendant le mariage « ni par acte entre vifs, ni par testament, aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte ». En ce qui concerne les legs, ce texte se borne à appliquer la règle générale de l'art. 968, qui prohibe le testament conjonctif. Il est, par contre, exceptionnel en matière de donations, et s'explique surtout par la pensée de rendre plus facile l'exercice du droit de révocation.

Au demeurant, l'utilité de cette précaution n'est pas démontrée. Nous verrons que tout formalisme est exclu de la manifestation de la volonté de révoquer la donation. Et il est bien certain que la révocation de la libéralité est indépendante de la conservation du titre qui constate celle-ci.

Les inconvénients de la règle posée par l'art. 1097 sont si gênants en pratique que civilistes et notaires en demandent l'abrogation, ou du moins la modification. Sans doute, les époux peuvent se gratifier réciproquement par des actes séparés, passés immédiatement l'un à la suite de l'autre, devant le même notaire et les mêmes témoins [2].

1. Loi du 12 août 1902 ; — art. 1087 Civ.
2. Aubry et Rau, XI, § 743, p. 709 ; Planiol et Ripert, V, n° 756, 811.

Mais certaines combinaisons avantageuses, qui n'ont aucun caractère immoral, sont rendues impossibles. Ainsi deux époux âgés peuvent faire entre leurs enfants une donation-partage de leurs biens respectifs, en s'en réservant l'usufruit ; mais ils ne peuvent stipuler que la totalité de l'usufruit sera réversible au profit du survivant [3]. La solution est la même si les époux stipulent, comme charge de la donation, une rente viagère réversible en totalité sur la tête du survivant [4].

La Jurisprudence a heureusement limité l'étendue d'application de l'art. 1097 en décidant qu'il ne concernait pas les donations indirectes. Les époux peuvent, par exemple, conclure un contrat de rente viagère avec un tiers, par un seul et même acte, en stipulant la réversibilité de la rente [5]. C'est un contrat que les Compagnies d'assurances pratiquent d'une manière courante.

***

La révocabilité est le caractère essentiel des donations entre époux, qu'elles aient pour objet des biens présents ou des biens à venir. « Toutes donations faites

3. Civ., 19 janvier 1881, D.P., 81-1-181 ; Paris, 23 juillet 1900, D.P., 1900-2-492 ;—Aubry et Rau, XI, § 743, p. 709 note 13 ; Bonnet, *Des partages d'ascendants*, I, 276 ; Planiol et Ripert, V, n° 756, p. 811.
4. Nancy, 11 juin 1887, D.P., 88-2-183 ; Paris, 23 juillet 1900, D.P. 1900-2-492 ; — Aubry et Rau, XI, § 743, p. 709 note 14.
5. Civ. 24 janvier 1894, S., 94-1-288.

entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre vifs, seront toujours révocables », dit l'art. 1096 § 1er du Code civil.

Elle diffèrent ainsi nettement des institutions contractuelles. — On sait que celles-ci ne sont pas soumises nécessairement à la règle *Donner et retenir ne vaut*. Mais la réserve du droit de révocation est purement facultative et doit être stipulée dans le contrat de mariage. Ici, au contraire, la révocabilité est légale et a lieu de plein droit. Bien mieux, elle est d'ordre public, et toute renonciation au droit de révocation serait sans effet, qu'elle intervienne dans l'acte ou ultérieurement.

La disposition de l'art. 1096. § 1er est tout à fait exceptionnelle dans la matière des donations. Les motifs qui l'ont inspirée se conçoivent aisément. Ils avaient déjà été exposés lors du vote par le Sénat Romain du Sénatusconsulte rendu sous Septime Sévère [6].

MM. Planiol et Ripert les soulignent en termes fort justes : « Les donations entre époux se font souvent sous l'empire de sentiments qui se modifient avec le temps. On n'a pas besoin de supposer que l'un des époux a abusé de son influence sur l'autre pour se faire faire des libéralités ; le donateur a pu y être entraîné de lui-même par une passion excessive, et re-

6. Cf. l'Oratio de Caracalla : « Fas esse eum quidem qui donavit poenitere » (D., XXIV,1,32, § 2).

gretter plus tard un élan irréfléchi. On lui ménage donc le moyen de reprendre ce qu'il avait donné, le droit de se repentir »[7].

La règle énoncée par l'art. 1096 § 1er est si générale qu'elle conduit à décider que la donation de biens présents est encore révocable après la mort du donataire. L'action peut donc être intentée contre ses héritiers [8].

Mais le droit de révocation est exclusivement attaché à la personne de l'époux donateur. Il ne peut être exercé par ses créanciers au moyen de l'action oblique, et ne passe pas à ses héritiers. Seul le donateur peut apprécier les motifs de révocation, tandis que ses héritiers, et plus encore ses créanciers, ne se laisseraient guider le plus souvent que par leur intérêt pécuniaire [9].

Les héritiers ne sont pas cependant privés de tout recours. — Ils peuvent, en principe, invoquer les causes légales de révocation des donations, énumérées par l'art. 953 [10]. Mais on sait que le droit de demander la révocation pour ingratitude ne leur est accordé que sous certaines conditions (art. 957). D'autre part, la

7. V, n° 759.
8. Rennes, 6 décembre 1878 (motifs); D.P., 79-2-117; Toulouse, 20 mai 1886, D.P., 87-2-40.
9. Limoges, 1er février 1840, S., 40-2-241; — Aubry et Rau, XI, § 744, p. 725 note 38; Demolombe, XXIII, 477; Planiol et Ripert, V, n° 760.
10. Aubry et Rau, XI, § 744, p. 713 note 6; Colmet de Santerre, IV, 276 *bis*, VII; Demolombe, XXIII, 485 et 486.

loi déclare que les donations entre époux ne sont pas sujettes à révocation pour cause de survenance d'enfants (art. 960, *a contrario*, et 1096 *in fine*).

La révocation produit les mêmes effets que la résolution de la libéralité. Le titre du donataire étant détruit rétroactivement, il est réputé n'avoir jamais été propriétaire des biens donnés.

Elle est toujours possible, et l'époux donateur jouit d'un véritable pouvoir discrétionnaire. Il n'a pas à faire connaître les motifs de sa décision, ni à s'adresser à Justice. S'il estime que son conjoint n'est plus digne de la donation dont il l'a gratifié, il lui suffit d'user du droit absolu que lui confère l'art. 1096.

Mais le vœu du législateur ne serait pas réalisé si le libre exercice de la faculté de révocation était entravé par des règles de forme trop stricte. Aussi l'art. 1096, § 2 décide-t-il que la femme, qui, pendant le mariage, a fait une donation à son mari peut la révoquer sans y être autorisée par ce dernier ou par Justice.

Et l'on admet aussi, dans le silence de la loi, que la révocation peut être expresse ou tacite.

La révocation tacite résulte de tout acte du donateur indiquant d'une manière non équivoque sa volonté de révoquer la libéralité (le principe est le même qu'en matière de révocation tacite des testaments). C'est ainsi qu'il y a révocation tacite dans le fait de léguer les biens donnés à un tiers ou d'en faire donation à un

autre donataire [11]. D'une manière plus générale, la révocation résulte de tout acte de disposition incompatible avec le maintien de la donation [12].

Mais, si la donation entre époux a pour objet une somme d'argent, on ne doit pas la considérer comme révoquée tacitement par la donation ultérieure d'une autre somme au profit d'un tiers, bien que les deux sommes réunies excèdent la quotité disponible [13]. « En effet, notent Aubry et Rau [14], cette circonstance ne prouve pas, de la part du donateur, la volonté de révoquer la première donation. Pour pouvoir en induire cette intention, il faudrait avant tout justifier que la dernière donation était excessive, eu égard à la fortune que le donateur possédait à l'époque où elle a été passée ; et, quand ce fait serait établi, il ne serait pas encore décisif, puisqu'il peut y avoir eu erreur du donateur dans l'appréciation de sa fortune présente ou future ».

Quant à la révocation expresse, le Code n'en avait pas réglé spécialement les formes. Aussi certains auteurs soutenaient-ils que l'intention de révoquer pouvait être suffisamment établie par la déclaration de révocation contenue dans un acte émané de l'époux

11. Rennes, 4 juin 1894, sous Civ. 30 nov. 1896, D.P., 97-1-449.
12. Aubry et Rau, XI, § 744, p. 723 ; Troplong, IV, 2667 ; Demolombe, XXIII, 481 ; Planiol et Ripert, V, n° 760, p. 815.
13. Toulouse, 21 mai 1829, S., 30-2-22.
14. XI, § 744, p. 724 note 34.

donateur [15]. D'autres enseignaient qu'en l'absence de règles positives on devait supposer que les rédacteurs du Code avaient voulu se référer aux dispositions de l'art. 1035, relatives à la révocation des testaments [16].

Cette opinion a été consacrée par l'art. 2 de la loi du 21 juillet 1843, sur la forme des actes notariés. — La révocation expresse des donations entre époux ne peut avoir lieu que par testament, ce qui permet de la réaliser au moyen d'une lettre missive ou d'un acte sous-seing privé écrit, daté et signé de la main du donateur [17]. A défaut, la loi exige un acte notarié reçu par un notaire en présence d'un notaire en second ou de deux témoins instrumentaires (loi du 25 ventôse, an XI, art. 9 modifié par la loi du 12 août 1902).

MM. Colin et Capitant critiquent l'exigence de la forme notariée en termes pertinents [18], et on ne peut que les approuver : « Au point de vue purement logique, il nous paraît irrationnel d'exiger, pour la révocation non testamentaire, l'observation de la forme notariée avec un second notaire et deux témoins, alors que, pour la révocation testamentaire, il suffit d'un acte sous-seing privé écrit en entier, daté et signé par le donateur, alors surtout que la loi se contente d'une révocation tacite ; et, si l'on se place au point

15. Toullier, V, 923 ; Coin-Delisle, sur l'art. 1096, n° 15.
16. Grenier, II, 462 ; Duranton, IX, 779.
17. Req., 26 novembre 1906, D.P. 1907-1-76.
18. III, p. 825.

de vue législatif, les raisons alléguées pour justifier la règle nouvelle ne sont pas moins contestables. On a prétendu, en effet, lors de la discussion de la loi de 1843, que la révocation d'une donation pourrait être le résultat de la suggestion et de la captation de la part de ceux qui ont un intérêt éventuel à l'annulation de la donation. Mais ce motif est évidemment sans valeur ; car, s'il était exact, il aurait dû faire interdire la révocation olographe, surtout la révocation tacite ».

***

Une question délicate se pose lorsque la donation est déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux ou adressée à un tiers, personne interposée (art. 1099 et 1100 Civ.). De telles donations, très fréquentes en pratique, sont certainement révocables. Mais le déguisement ou l'interposition de personne peut avoir pour résultat d'empêcher le donateur de révoquer la libéralité. Tout au moins, la révocation sera rendue souvent très difficile ; car elle est subordonnée à la démonstration préalable de la simulation.

On sait que la Jurisprudence a interprété différemment les deux alinéas de l'art. 1099, relatif à la quotité disponible spéciale entre époux. Le § 1er décide que « les époux ne peuvent se donner indirectement au-delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-

dessus ». Les Tribunaux considèrent que ce texte ne vise que les donations indirectes proprement dites et les soumet à la règle ordinaire de la réduction : si elles dépassent la quotité disponible, elles sont réduites dans cette mesure et subsistent pour le surplus.

Le § 2 s'exprime tout autrement : «Toute donation, ou déguisée, ou faite à personne interposée, sera nulle ». La Jurisprudence s'en tient ici à la lettre du texte et décide qu'une telle libéralité est, non pas réductible, mais nulle pour le tout, du seul fait qu'elle excède la quotité disponible déterminée par les art. 1094 et 1098 [19].

Cette dernière solution est aujourd'hui acquise ; mais elle été vivement combattue et rencontre encore des adversaires [20]. — Elle est, en effet, contraire à à la tradition historique qui appliquait dans tous les cas la sanction de la simple réduction. Et il semble plus exact d'interpréter les deux alinéas de l'art. 1099 comme relatifs, l'un et l'autre, aux donations déguisées ou à personne interposée. Les travaux préparatoires permettent de penser que les rédacteurs du Code ont employé la terminologie de

19. Civ. 30 novembre 1831, D.P. 31-1-371 ; Civ. 29 mai 1838, S., 38-1-481 et note Devilleneuve ; Req. 11 mars 1862, D.P. 62-1-401 ; Civ. 23 mai 1882, D.P., 83-1-407 ; Civ. 22 juillet 1884, D.P. 85-1-164.

20. Colin et Capitant, III, p. 748 ; Planiol et Ripert, V, n° 762, p. 816 note 2 ; Georges Ferron, Les donations déguisées ou par personnes interposées dans l'art. 1099 C. civ., *Revue critique de législation*, 1911 ; — Cf. aussi Cass. Belge, 29 décembre 1865, Pasicrisie, 4866-1-241 ; Grenoble, 21 mars 1870, D.P. 70-2-190.

l'Ancien Droit [21] et visé dans le § 1er, non les donations indirectes du Droit moderne, c'est-à-dire les libéralités occultes résultant d'un acte de renonciation, mais les donations faites au moyen d'un détour. — Dans cette opinion, le § 2 de l'art. 1099 (Toute donation... sera nulle) devrait être complété ainsi qu'il suit : « pour la partie qui excède la limite fixée par la loi ».

Certains arrêts, approuvés par la Doctrine [22], sont allés plus loin. Ils ont jugé que l'art. 1099 avait pour but de sanctionner, non seulement les atteintes portées à la réserve, mais le caractère de révocabilité des donations entre époux. — Ainsi, toute donation déguisée ou faite à personne interposée serait nulle pour le tout, même si elle n'excède pas la quotité disponible, car elle constituerait une fraude à la loi. Et la nullité pourrait être invoquée par tout intéressé : un héritier, qu'il soit ou non réservataire, l'époux donateur, ses créanciers eux-mêmes [23].

Un arrêt de la Cour de Montpellier du 28 février 1876 [24] est rédigé en termes particulièrement énergiques : « Attendu que la seule question du litige est celle de

21. Denisart, *Décisions nouvelles*, v° Secondes noces, nos 10 et 11 ; Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 568, *Traité des donations entre vifs*, n° 275.

22. Aubry et Rau, XI, § 744 p. 711 ; Troplong, IV, 2741 ; Demolombe, XXIII, 451 et 452 ; — Contra, Planiol et Ripert, V, n° 762, p. 817.

23. Civ. 11 novembre 1834, S., 34-1-769 et note Devilleneuve ; Req. 16 avril 1850, D.P., 50-1-152 ; Paris, 24 avril 1869, D.P., 70-2-221 ; Req. 22 janvier 1873, S., 73-1-57 ; Montpellier, 28 février 1876, D.P., 79-2-249 et note Janet ; Rennes, 9 février 1904, D.P., 1905-2-273 et note Appleton.

24. D.P., 79-2-249.

savoir si les créanciers de Roussel peuvent exercer l'action en nullité qui lui appartient et qui est basée sur le déguisement de la donation faite à sa femme, sous la forme d'un contrat à titre onéreux ; — Attendu que cette action a pour cause une fraude à la loi, qui a voulu, par une sanction énergique, prévenir les dangers considérables résultant de sa violation ; que le législateur a voulu, dans un intérêt d'ordre public, maintenir la dignité et la pureté de l'union conjugale et mettre obstacle à des donations *constante matrimonio* qui seraient l'effet, soit de la captation de la part de la femme, soit de l'abus de l'autorité de la part de son mari ; — Attendu que l'on prétend, pour soutenir que les créanciers du mari ne peuvent pas exercer cette action, qu'elle est attachée à sa personne (art. 1166 C. civ.) ; — Mais attendu qu'il ne saurait rien y avoir d'exclusivement personnel dans une nullité d'ordre public qui est, par suite, absolue.. »

Cependant, la dernière Jurisprudence de la Cour de cassation se prononce implicitement contre cette solution. Elle décide, en effet, que la nullité des donations entre époux déguisées ou faites à personne interposée ne peut être demandée que par le donateur, les institués contractuels, et les héritiers réservataires, si leurs droits ne sont pas respectés [25].

25. Req., 25 juillet 1881, D.P., 82-1-177 ; Civ. 21 juillet 1884, D.P., 85-1-164.

« Attendu, dit l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 25 juillet 1881, que le conjoint donateur peut, en vertu des articles 1096 et 1099 combinés, intenter une action pour prouver l'existence d'une libéralité déguisée et exercer ensuite la faculté de révoquer que lui attribue l'art. 1096 C. civ. ; — Que la nullité édictée par l'art. 1099 peut être invoquée par les personnes instituées par contrat de mariage et par les héritiers à réserve, aux droits desquels la donation entre conjoints peut porter atteinte ; — Mais attendu que les héritiers non réservataires ne trouvent, dans les articles précités, le principe d'aucune action ; que, d'une part, l'action du donateur ne leur est pas transmise, puisque le droit de révocation périt avec lui ; que, d'autre part, à la différence des institués contractuels ou des héritiers à réserve, ils n'ont aucun droit indépendant du *de cujus* qu'ils puissent opposer à sa volonté de les exclure ; — Que l'art. 1099 n'ouvre aucune action aux héritiers de celui qui peut disposer librement de sa succession ; que le déguisement de la donation ne peut suffire pour leur conférer le droit de l'attaquer, puisqu'il est de principe que les parties peuvent faire un choix libre entre plusieurs moyens d'atteindre un but, quand ce but est licite en lui-même ... ».

L'arrêt de la Chambre civile du 21 juillet 1884 casse une décision qui avait déclaré recevable l'action en

nullité d'une donation déguisée entre époux engagée par un héritier non réservataire. Il précise mieux encore le fondement de l'art. 1099 : « Attendu que cet article a pour objet d'empêcher les donations excessives entre époux... ; — Attendu que la nullité prononcée par cet article contre les libéralités déguisées entre époux ne peut donc être invoquée que par les héritiers réservataires ou par les institués contractuels ».

Certes, l'époux donateur peut toujours révoquer la libéralité faite à son conjoint, même si elle constitue une donation déguisée ou faite à personne interposée. Mais le déguisement ou l'interposition de personne n'est pas interdit en soi. La donation qui revêt cette forme ne sera nulle que si elle enfreint les règles de la réserve héréditaire, et seuls les héritiers réservataires et les institués contractuels pourront se prévaloir de cette nullité.

CHAPITRE II

NATURE JURIDIQUE DE LA DONATION DE BIENS A VENIR ENTRE EPOUX

Si l'on compare, du point de vue de leur nature juridique, l'institution contractuelle et la donation de biens à venir entre époux, on est amené à conclure qu'elles ne présentent entre elles qu'une différence : la révocabilité absolue dont la donation entre époux est assortie.

Mais cette différence est essentielle et rapproche singulièrement notre libéralité du testament. Et, puisque notre législation ne connaît que deux modes de disposer à titre gratuit, il convient de se demander si l'on ne doit pas se prononcer pour une assimilation complète.

L'arrêt des Chambres réunies du 21 juin 1892[1], — relatif à l'institution contractuelle, — apporte aux partisans de cette thèse, un argument des plus sérieux. Rappelons-en les termes : « Attendu .... qu'il n'y a pas

1. D.P., 92-1-369, S., 94-1-449.

lieu de distinguer, au point de vue de la capacité du disposant, entre les donations de biens présents et celles de biens à venir ; qu'à la vérité, ces dernières n'emportent pas un dessaisissement immédiat et complet de la chose donnée, puisque le donateur reste libre d'en disposer à titre onéreux ; mais qu'elles le dépouillent actuellement et irrévocablement du droit de disposer à titre gratuit au préjudice du donataire, circonstance qui leur imprime le caractère de donation entre vifs et ne permet pas de les confondre avec des dispositions testamentaires... ».

Or, la donation de biens à venir entre époux ne dépouille pas le donateur « actuellement et irrévocablement du droit de disposer à titre gratuit au préjudice du donataire ». Bien au contraire, la donation est toujours révocable, et le donateur n'a ni justification à fournir, ni motif à énoncer. La « circonstance qui lui imprime le caractère de donation entre vifs et ne permet pas de la confondre avec des dispositions testamentaires » ne se retrouve donc pas en ce qui la concerne.

***

Tel n'est pas cependant l'avis de la plupart des auteurs. — Ils observent, tout d'abord, que la révocabilité n'est pas contraire à l'essence des conventions en général, ni à celle des donations entre vifs [2].

2. Aubry et Rau, XI, § 699, p. 290 note 5 ; Demolombe, XXIII, 440 ; Colin et Capitant, III, p. 830. — Cf. aussi Civ. 10 avril 1838, S., 38-1-289.

En effet, l'art. 1174 Civ. qui décide que « toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige », ne prohibe que la condition suspensive purement potestative, car celle-ci empêche le lien de droit de se former en réservant à l'une des parties toute sa liberté. Il ne vise ni la condition potestative simple, ni la condition résolutoire purement potestative.

L'art. 944, aux termes duquel « toute donation entre vifs faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur sera nulle » a une portée plus large et atteint ces deux sortes de conditions. Est interdite en particulier la condition résolutoire purement potestative : celle dans laquelle le donateur se réserve le droit de révoquer la donation « si bon lui semble ». — Mais l'art. 947 déclare cette disposition inapplicable aux donations par contrat de mariage et aux donations entre époux. Or, nous savons que les premières sont des donations entre vifs, qu'elles aient pour objet des biens présents ou des biens à venir.

La révocabilité absolue des donations de biens à venir entre époux ne suffit donc pas à leur enlever le caractère de libéralités entre vifs [3].

3. Colin et Capitant, II, p. 160, III, p. 787 ; Planiol et Ripert, V, n° 754.

Ce point acquis, les auteurs qui rejettent l'assimilation de notre libéralité au testament, soulignent les différencs qui les séparent, au point de vue de leur forme, de leurs conditions d'existence, et de leurs effets.

L'opinion exprimée par Aubry et Rau [4] reflète exactement cette tendance : « La circonstance qu'une donation entre époux porte uniquement sur des biens à venir n'altère ni le caractère de la disposition elle-même, ni la nature juridique des droits qui en résultent. Ce serait une erreur de croire que cette circonstance, en se combinant avec celle de la révocabilité, ait nécessairement pour résultat de convertir la donation en disposition à cause de mort. Il est vrai qu'en pareil cas les droits de l'époux donataire seront susceptibles d'être révoqués, et que, même indépendamment de toute révocation, ils demeureront sans effet, si l'époux donateur ne laisse pas de biens auxquels ils puissent s'appliquer. Mais pour déterminer la nature juridique d'un droit, il faut bien moins s'attacher à l'émolument qui en résultera qu'au titre d'où il procède. Un droit dérivant d'une convention, pour être à la fois révocable au gré de l'une des parties, et purement éventuel, en ce qui concerne les résultats possibles de son application, n'en est pas moins un droit conventionnel.

4. XI, § 744, p. 715 note 11.

La partie au profit de laquelle un pareil droit est établi en est saisie, c'est-à-dire légalement investie, tout comme s'il s'agissait d'un droit irrévocable et dont l'émolument fût actuellement certain. Nous ajouterons que les droits de l'époux qui, pendant le mariage, a reçu de son conjoint une donation de biens à venir, sont analogues ou comparables à ceux qui résulteraient d'une institution contractuelle faite sous des conditions dépendantes de la seule volonté du disposant. En effet, les droits de l'institué seraient aussi, en pareil cas, tout à la fois révocables, et purement éventuels quant à leurs effets ; et malgré cela, l'institution conserverait la nature de disposition entre vifs ».

Dans un article récent [5] le Doyen Josserand a exposé la thèse classique, en y apportant des précisions et des développements nouveaux. L'analyse approfondie à laquelle il s'est livré, autant que l'autorité qui s'attache à son nom, donnent à cette étude un relief particulier. — La physionomie composite et originale de la donation de biens à venir entre époux est indiscutable et, à plusieurs points de vue, la rapproche du testament. Elle ne dessaisit pas le disposant actuellement, ni même de son vivant. De plus, elle est essentiellement révocable, et son exécution est subordonnée à

5. Chronique au Dalloz Hebdomadaire, 1930, p. 21.

la survie du donataire. Convient-il, dès lors, de la rattacher au droit testamentaire ?

Certes, il est parfois difficile de tracer les limites de deux catégories juridiques voisines : « le dépôt irrégulier, lorsque les sommes d'argent sont remboursables, non à vue, mais à une échéance déterminée, va rejoindre le prêt d'argent dont on n'arrive plus à le distinguer, pas plus en fait qu'en droit » [6]. — Mais l'assimilation de la donation de biens à venir entre époux au testament ne saurait être admise.

Elle va à l'encontre de l'intention du législateur et de la tradition historique. Elle est injustifiée, si on examine la disposition au point de vue de l'un quelconque des trois éléments qui caractérisent un acte juridique : 1° ses conditions de forme ; 2° ses conditions de fond ; 3° ses effets.

Au point de vue de la forme, la donation entre époux reste dans le cadre des libéralités entre vifs. — Le Code n'a institué, en effet, que trois formes de testament : authentique, olographe, et mystique. Ce sont les formes de la donation qui se retrouvent ici : acte notarié, présence d'un second notaire ou de témoins instrumentaires, acceptation expresse du donataire, déguisement formellement condamné (art. 1099, § 2). Le droit formel des donations s'applique donc avec une rigueur accrue [7].

6. Req. 11 juin 1929, S. 1929-1-372.
7. Colin et Capitant, III, p. 823.

Quant au fond, l'opposition avec le legs est aussi marquée. — La donation de biens à venir est un contrat et exige, comme condition de son existence, le concours et l'expression solennelle de la volonté des deux parties. Or il est de principe que le droit contractuel ne s'applique pas aux actes de formation unilatérale. Il y a là deux régions juridiques distinctes : les conditions de capacité et les règles de nullité sont différentes. C'est ainsi que sont inapplicables au testament l'art. 1166 Civ. qui prévoit le dol dans les contrats, et l'art. 1304 qui institue la prescription décennale des actions en nullité et en rescision.

Le donateur peut, sans doute, révoquer son acte *ad nutum*, mais il en est de même dans le mandat, qui conserve cependant son caractère contractuel (art. 2004 Civ.). De ce qu'un contrat est, dans une circonstance particulière, dépouillé de son caractère distinctif, il ne s'ensuit pas qu'il change de nature. Le dépôt est « un contrat essentiellement gratuit », aux termes de l'art. 1917 Civ.. Notre Droit admet cependant qu'il devienne l'objet d'une stipulation de salaire, sans cesser pour cela d'être un dépôt (art. 1928, § 2).

Enfin, les différences sont plus considérables encore au point de vue des effets. — Un légataire n'a, du vivant du testateur, qu'une simple expectative. Le plus souvent, le testament est fait à son insu, en sorte qu'il peut être révoqué sans que l'intéressé connaisse la dis-

position, ou son anéantissment. Le testateur a une liberté absolue de rétraction : il a seul créé la situation et peut être seul à la connaître. Au contraire, le conjoint a été partie à l'opération ; de plus, il possède des droits certains, bien qu'éventuels.

L'époux donateur qui révoque sa libéralité fait plus que revenir sur une déclaration de volonté, comme en matière de testament ; il revient sur un engagement contractuel. Cette considération peut servir de frein à sa volonté de rétractation ; car anéantir un droit éventuel est plus grave que détruire un projet demeuré secret.

Les droits éventuels sont des droits véritables, définitifs, bien qu'ils occupent un rang inférieur dans la hiérarchie juridique [8]. « Il est possible de concrétiser cette nuance, fine, mais réelle, entre les deux droits de révocation, en observant que la situation du conjoint donataire de biens à venir opposerait assurément une certaine résistance à l'application rétroactive d'une loi [9], alors que celle du légataire serait inexistante au point de vue de l'application du droit transitoire ; et aussi en notant qu'on concevrait parfaitement que la faculté de révocation d'une donation entre époux fût susceptible d'abus, tandis que le droit de révoquer un testament ne saurait comporter de

8. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, I, n° 113 et suiv.
9. Roubier, *Les conflits de lois dans le temps*, I, p. 271 et 292.

limitation ; la notion du motif légitime pourrait raisonnablement entrer en jeu dans le premier ordre d'idées, mais on sait qu'elle serait sans emploi, sans justification possible, dans le deuxième ; en matière de donation, elle aurait une prise qui lui ferait défaut dans le droit testamentaire »[10].

La conclusion du Doyen Josserand rejoint celle d'Aubry et Rau[11] : « Si les effets d'une pareille donation étaient, comme ceux d'un legs, ajournés au décès du disposant, l'acceptation du donataire du vivant du donateur serait complètement sans objet et on ne comprendrait plus que le législateur l'eût exigée. L'acceptation, c'est-à-dire la déclaration de la volonté actuelle de recevoir, ne peut correspondre qu'à l'expression d'une volonté actuelle de donner, et ne saurait s'appliquer à de simples espérances de la nature de celles que, du vivant du testateur, le testament ouvre aux légataires ».

Cette brillante argumentation est basée sur des observations dont l'exactitude n'est pas douteuse. Cependant, elle n'a pas échappé à la critique[12], et nous ne la croyons pas décisive.

Relisons les définitions que donne le Code de la dona

10. Demolombe, XXIII, 443.
11. XI, § 744, p. 713 note 8.
12. Cf. notamment Henri Sainsot, *La donation entre époux de biens à venir faite pendant le mariage. — Sa nature. — Réduction de cette donation,* Revue du notariat et de l'enregistrement, 1931-1-293.

tion et du testament : « La donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée, en faveur du donataire qui l'accepte » (art. 894). « Le testament est un acte par lequel le testateur dispose, pour le temps où il n'existera plus, de tout ou partie de ses biens, et qu'il peut révoquer » (art. 895). — L'analogie avec le testament est, de prime abord, saisissante.

Pour apprécier un acte au point de vue de la forme, il faut moins s'attacher à sa dénomination — qui peut être inexacte ou trompeuse — qu'aux dispositions qu'il contient. Au demeurant, la forme de la donation entre époux n'est pas très différente de celle du testament authentique. Cet acte ne comporte pas sans doute l'acceptation du légataire, mais il peut être rédigé et signé en présence de ce dernier.

Si l'acceptation du gratifié est indispensable, son influence est nulle juridiquement, car elle ne lie aucune des parties. Le donateur jouit d'un droit de révocation absolu. Le donataire n'est pas davantage tenu, puisqu'il pourra revenir sur son acceptation en renonçant au bénéfice de la disposition.

La donation de biens à venir entre époux est un contrat, mais l'accord des volontés a un effet tout relatif. Elle n'entraîne pas de dessaisissement immédiat ; elle est subordonnée à la survie du donataire ; elle ne produit effet qu'au décès du donateur, sur les biens existant à cette époque, et sans rétroactivité.

Le droit éventuel qu'elle confère est d'une extrême fragilité. On ne voit pas pourquoi il serait plus difficilement révoqué que le legs. La révocation de la donation interviendra sans le concours du gratifié et restera secrète. Pour sauvegarder la pleine liberté du disposant, le législateur a voulu lui accorder les plus grandes facilités : aussi la révocation peut-elle être faite par testament, peut-elle même s'inférer de dispositions ultérieures inconciliables.

Au surplus, le testament n'est pas aussi différent de la donation entre vifs qu'on pourrait le croire. Il y a une grande part de vérité dans l'analyse qu'en fait M. Demogue [13] : « Le testament n'est pas cet acte isolé, inexplicable au point de vue technique, que l'on présente d'ordinaire. C'est un avant-acte consistant en une offre de convention faite au bénéficiaire, offre qui deviendra complète par l'acceptation du légataire, mais cette convention rétroagit au jour du décès. La loi l'admet expressément. Ainsi le testament est techniquement une sorte d'offre révocable jusqu'au décès, mais irrévocable à ce moment, et susceptible d'être acceptée seulement après décès pour prendre date du jour de la mort. C'est donc une simple variété de convention. Le testament n'est plus alors l'acte par lequel on dispose de ses biens. Cette conception indi-

13. *Traité des obligations en général*, I, *Source des obligations*, II, p. 6

vidualiste a fait son temps. C'est l'acte, ayant déjà une valeur par lui-même dès le décès, par lequel on offre (irrévocablement après le décès) une chose au légataire ou à un tiers ».

Nous inclinons à penser que la donation de biens à venir entre époux doit être rattachée au testament plutôt qu'à la donation entre vifs. La faculté de révocation qui la caractérise nous paraît, en effet, devoir jouer un rôle prépondérant dans la détermination de sa nature juridique.

Nous allons voir qu'après bien des incertitudes la Jurisprudence se prononce dans le même sens, non sans rencontrer encore quelques résistances.

***

Trois très anciens arrêts de la Chambre des Requêtes représentent une première tendance. — L'assimilation de la donation entre époux au testament est admise, mais la pensée juridique manque de précision et s'exprime en termes assez obscurs.

« Attendu, dit le premier [14], que les donations qui ont lieu entre époux pendant le mariage forment une classe intermédiaire qui participe tout à la fois de la nature des donations entre vifs et de celle des donations testamentaires ; qu'ainsi, et alors même qu'elles

14. 5 décembre 1816, Jur. gén. Dalloz, V° Dispositions entre vifs et testamentaires, n° 2392.

sont revêtues de la forme des donations entre vifs, elles peuvent être considérées comme renfermant des donations testamentaires et qu'elles valent comme telles ».

La seconde décision déclare que les immeubles dotaux d'une femme mariée sous le régime dotal peuvent être compris dans une donation de biens à venir entre époux [15].

La troisième [16] qualifie presque la donation entre époux de donation à cause de mort : « Attendu que les donations entre époux ne sont que des actes de libéralité à cause de mort, quoique qualifiées entre vifs, puisqu'elles sont toujours révocables... ».

Mais un revirement complet est marqué par un jugement du Tribunal de Rennes [17], statuant sur une question de capacité : « Considérant que la donation entre époux, prévue par l'art. 1096, ne peut être complètement assimilée au testament, même sous le rapport de ses effets ; qu'elle en diffère également quant à ses conditions d'existence ; que cette donation qui, comme on l'a dit, est supposée rédigée dans la forme des donations entre vifs, est un engagement contractuel et bilatéral, exigeant l'acceptation formelle du donataire, produisant effet du jour même où se forme le con-

15. Req. 1er décembre 1821, S., 25-1-135.
16. 22 janvier 1838, S., 38-1-152.
17. 2 juillet 1841, sous Req. 12 avril 1843, S., 43-1-273.

trat, et pour la validité duquel il suffit que les contractants soient capables au moment où l'un manifeste la volonté de disposer, l'autre la volonté de recevoir, sans qu'ils doivent l'être encore au moment du décès du donateur »...

Le pourvoi qui avait été formé contre l'arrêt confirmant ce jugement fut rejeté par une décision soigneusement motivée [18]. « Attendu que, s'il est vrai que les donations faites entre époux pendant le mariage forment une classe particulière et participent sous quelques rapports de la nature des donations testamentaires, principalement par le caractère de révocabilité qui est commun aux unes et aux autres, on ne saurait cependant les ramener à une assimilation parfaite ; qu'il existe entre les deux modes de disposer, non seulement quant à leurs formes et leurs conditions d'existence, mais encore quant aux conséquences légales qui s'y rattachent, des différences assez significatives et assez prononcées pour qu'il ne soit permis ni de les confondre, ni de les substituer indifféremment les unes aux autres ; — Que le testament, œuvre d'une volonté unique et indépendante, dont tous les effets sont ajournés à l'époque du décès de son auteur, ne peut être régulièrement assimilé à la donation faite pendant le mariage entre époux, laquelle, tout

18. Req. 12 avril 1843, S., 43-1-273.

en perdant un des caractères essentiels des donations, l'irrévocabilité, n'en conserve pas moins sa nature de contrat soumis, quant à sa validité, au concours et à l'expression de la volonté du conjoint donataire, et produisant, bien que *sub conditione*, l'effet actuel du dessaisissement de la part du donateur au profit du donataire ; — Que, par suite, ce dernier reste dispensé de toute demande en délivrance, et n'est exposé à l'atteinte de l'action en réduction qu'après que celle-ci s'est d'abord exercée sur les dispositions purement testamentaires... ».

Comme on le voit, l'arrêt décide aussi du rang auquel la libéralité doit être réduite. La solution qu'il paraît consacrer est préconisée par Aubry et Rau [1] : « Si, dans le cas d'une institution contractuelle faite par contrat de mariage, la réduction ne peut atteindre les biens compris dans cette institution qu'après épuisement des donations entre vifs faites postérieurement, cela tient uniquement à ce que l'institution est irrévocable, et ne peut recevoir aucune atteinte par l'effet de dispositions postérieures... Or, ce motif n'existe plus lorsqu'il s'agit d'une donation de biens à venir faite entre époux pendant le mariage, puisqu'une pareille donation est essentiellement révocable. Le droit de l'époux donataire, ne portant que sur des

19. XI, § 744 p. 718 note 22 ; — Contrà, Demolombe, XXIII, 467.

biens à venir, ne peut, quant à son objet, rétroagir au jour du contrat, et ne prend date sous ce rapport que du jour du décès. Il est donc, au point de vue de la réduction, moins fort que celui des donataires de biens présents. Mais, par cela même que l'époux donataire est saisi de son droit en vertu de son titre, et n'a pas de délivrance à demander, il doit, au même point de vue, être préféré aux légataires ».

Cette solution ne paraît pas acceptable, et plusieurs auteurs lui ont reproché de n'être pas juridique [20]. Si, en effet, on considère la donation de biens à venir entre époux comme une disposition testamentaire, elle sera réductible avant les donations entre vifs et au marc le franc avec les legs. Si on adopte, au contraire, la thèse de l'arrêt, on doit appliquer l'art. 923 Civ. qui pose une règle commune à toutes les donations entre vifs, et décider que la donation entre époux ne sera réduite qu'à sa date, après les donations ultérieures. — Admettre la solution critiquée serait faire de notre libéralité une disposition d'un type spécial, intermédiaire entre les donations entre vifs et les testaments, ce que l'art. 893 Civ. interdit.

Un nouveau stade de l'évolution jurisprudentielle est marqué par un arrêt de la Cour de Caen et un arrêt de la Cour de Bruxelles.

20. Demolombe, XXIII, 500; Baudry-Lacantinerie et Colin, X, nos 990 et 991.

Le premier [21] rejette la demande en nullité formée contre une donation faite par une femme dotale au profit de son mari, « considérant que la donation... était subordonnée au prédécès de la donataire ; qu'elle n'opérait aucun dessaisissement réel et immédiat ; qu'essentiellement révocable elle équivalait à un testament et ne portait point dès lors atteinte au principe de l'inaliénabilité de la dot ».

Le second [22] déclare valable la donation de biens à venir entre époux faite par le prodigue sans l'assistance de son conseil. Il décide, en termes particulièrement énergiques, que la libéralité «n'est, par sa nature et son objet, qu'une véritable disposition testamentaire, revêtue de la forme extérieure d'une disposition entre vifs », et ajoute que « pas davantage qu'un testament, elle n'a pu entraîner pour le prodigue une aliénation réelle de biens, un dessaisissement ou une diminution de son patrimoine ».

La Jurisprudence semblait définitivement fixée dans le sens de l'assimilation au testament lorsque, près d'un demi-siècle après l'arrêt de Bruxelles, la Cour de Paris [23] s'est prononcée avec la même netteté en sens opposé. Statuant à nouveau sur une question de réduction pour atteinte à la réserve, elle juge que

21. Caen., 8 mai 1866, D.P., 67-2-160.
22. Bruxelles, 3 avril 1886, D.P., 87-2-71.
23. 20 octobre 1926, *Gaz. Trib.*, 1927-2-103.

« les donations entre époux ne perdent pas leur caractère de donations entre vifs par le seul fait de leur révocabilité et ne peuvent pas être assimilées avec les dispositions de dernière volonté, au point de vue notamment de la réduction ».

Mais la Cour de cassation devait être saisie à nouveau du problème de la capacité du prodigue et consacrer la Jurisprudence antérieure. Une décision récente de la Chambre civile [24], — qui s'inspire sans aucun doute de l'arrêt des Chambres réunies du 21 juin 1892 — refuse d'admettre la thèse de la Cour de Paris.

« Attendu que l'époux pourvu d'un conseil judiciaire peut valablement, durant le mariage, sans l'assistance de son conseil, donner entre vifs à son conjoint pour le cas où celui-ci lui survivra, les biens qu'il délaissera au jour de son décès ; — Attendu que, s'il est interdit au prodigue ou faible d'esprit de faire par contrat de mariage une telle donation à son futur conjoint sans l'assistance de son conseil judiciaire, cette interdiction provient de ce qu'une institution contractuelle passée dans ces conditions enlève au donateur, d'une manière irrévocable, le droit de disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation ; — Mais attendu qu'il n'en est pas de même d'une donation de biens à venir, faite par un des époux en faveur de l'autre pendant le mariage, laquelle ne comporte

24. 20 février 1929, D.P., 1929-1-104.

point de dessaisissement actuel du donateur, la libéralité étant subordonnée à la survivance du donataire et susceptible de révocation... ».

Il est à souhaiter qu'un arrêt des Chambres réunies vienne clore d'une manière définitive cette longue controverse. Il ferait disparaître les incertitudes des praticiens et, peut-être, rallierait la Doctrine. On s'est accordé cependant à reconnaître à la décision de la Chambre civile la portée d'un arrêt de principe ; on peut considérer qu'à l'heure actuelle la Jurisprudence consacre l'assimilation de la donation de biens à venir entre époux au testament, ou du moins range cette libéralité dans la catégorie des dispositions à cause de mort.

***

Nous savons que les conséquences qui en découlent sont importantes.

1° La personne pourvue d'un conseil judiciaire peut faire une donation de biens à venir entre époux sans l'assistance de son conseil.

2° La femme mariée sous le régime dotal peut disposer de ses biens dotaux au profit de son mari, à condition de les envisager comme des éléments de sa succession.

3° L'époque à prendre en considération pour la capacité du gratifié est celle du décès du donateur.

4° En cas d'atteinte à la réserve, la libéralité doit

être réduite avant toutes les donations et au marc le franc avec les legs.

5° C'est la loi en vigueur au jour du décès qui détermine la quotité disponible.

6° Si le conjoint donateur est frappé ultérieurement d'une condamnation à une peine afflictive et infâmante, la donation entre époux de biens à venir doit tomber, comme le testament antérieurement rédigé (loi du 31 mai 1854, art. 3 § 2).

7° Par analogie avec le testament, il convient d'appliquer la règle *Dies incertus in testamento conditionem facit.* C'est-à-dire que la disposition de la donation entre époux qui serait suspendue par une condition ou par un terme incertain ne deviendrait transmissible qu'autant que le donataire aurait vécu jusqu'au jour de la réalisation de la condition ou de l'arrivée du terme (art. 1040 Civ.).

On est tenté de décider aussi que le mineur âgé de 16 ans peut donner à son conjoint la moitié des biens dont il pourrait disposer s'il était majeur. — Mais cette proposition est discutable, en présence des termes impératifs de l'art. 904 § 1er qui déclare : « Le mineur... ne pourra disposer que par testament »[25].

Nous estimons, au demeurant, que la plupart des solutions que nous venons de déduire du principe posé se justifient par des considérations pratiques.

25. Cf. cependant Aubry et Rau, XI, § 744, p. 715 note 12.

La donation de biens à venir entre époux, réalisée par la femme dotale ou par le prodigue agissant seul, est certes différente du testament par la forme. Mais, à la différence de ce qui a lieu pour la donation entre vifs ou même pour l'institution contractuelle, elle n'est pas plus dangereuse pour l'incapable que le législateur a entendu protéger ; le disposant ne se dépouille pas de son vivant et peut toujours révoquer la libéralité, directement ou indirectement, par une aliénation quelconque, à titre gratuit comme à titre onéreux.

Et de même, comment accorder à la donation entre époux de biens à venir une préférence sur le legs au point de vue de la réduction ? Le donataire est dispensé de demander l'envoi en possession ; mais le légataire institué par testament authentique bénéficie de la même faveur. Puisque l'une et l'autre libéralité sont révocables et produisent effet à la même date — le jour du décès — il est juste de les soumettre au même régime de réduction au marc le franc. C'est le désir du disposant qui a pensé que toutes ses dispositions à cause de mort s'exécuteraient simultanément et n'a établi entre elles aucun ordre de préférence. Si l'actif successoral est insuffisant pour permettre de réaliser son dessein, seule la réduction proportionnelle est conforme à ses volontés.

***

La conclusion à laquelle nous aboutissons au terme

de cette étude est un peu décevante et satisfait mal l'esprit. — Loin de classer la donation de biens à venir dans une des grandes catégories juridiques que notre Droit reconnaît, nous sommes amenés à rattacher l'institution contractuelle et la donation cumulative à la donation entre vifs, la donation de biens à venir entre époux au testament.

Nous considérons cette dissociation comme inévitable et imposée par le criterium de la révocabilité que l'examen de la Jurisprudence nous a fait adopter.

La solution que nous proposons pour l'institution contractuelle et la donation cumulative n'est guère discutée.

Par contre, l'assimilation de la donation de biens à venir entre époux au testament n'est généralement pas acceptée par la Doctrine et fait l'objet de vives critiques. Elle est certes discutable ; nous croyons cependant que la Cour de cassation parviendra à l'imposer, en raison des intérêts pratiques qui s'y attachent.

Nul ne conteste qu'il y aurait intérêt à faire de la donation de biens à venir un mode de disposer spécial, intermédiaire entre la donation entre vifs et le testament — sauf à distinguer ensuite entre les diverses modalités qu'elle peut présenter. Et certains auteurs, opposés à notre thèse, sont entrés dans cette voie, qui estiment que la donation de biens à venir entre époux

doit être réduite après les dispositions testamentaires, mais avant toutes les donations entre vifs, même celles qui sont plus récentes [26].

Nous ne pensons pas qu'on puisse, en l'état de notre législation, s'arrêter à cette solution. Car elle est inconciliable avec l'esprit comme avec la lettre de l'article 893 Civ... : « On ne pourra disposer de ses biens à titre gratuit que par donation entre vifs ou par testament ».

26. Aubry et Rau, XI, § 744, p. 718 note 22 ; Troplong, IV, 2661 ; Colmet de Santerre, IV, 276 *bis*, 8.

Vu : le Président de thèse :
PLASSARD.

Vu : le Doyen
CÉZAR-BRU.

Vu et permis d'imprimer :
Toulouse, le 12 novembre 1934.
Le Recteur, Président du Conseil de l'Université :
J. GHEUSI.

BIBLIOGRAPHIE

Accarias. — *Précis de Droit Romain*, 4e éd., t. I.

Anouilh. — De l'institution contractuelle dans l'Ancien Droit français et d'après le Code Napoléon, *Revue historique*, 1860, VII, p. 289 et 385.

Appleton. — Note au Dalloz Périodique, 1905-2-273.

Aubry et Rau. — *Cours de droit civil français*, 5e éd. avec la collaboration de M. Bartin, t. XI, § 739 et suiv.

Barilleau. — *Des donations à cause de mort*, thèse, Poitiers, 1878.

Bauby. — De la donation à cause de mort sur le Code Napoléon, *Revue critique*, 1856, p. 232.
— Donations de sommes payables à terme, *Revue pratique*, 1862, p. 5.
— De l'irrévocabilité en matière de donation entre vifs et de ses conséquences, *Rec. Acad. Législ. Toulouse*, 1872, p. 133.

Baudry-Lacantinerie et **Colin (A.)**. — *Traité de droit civil, Donations et testaments*, 3e éd., t. II et Supplément par Bonnecase.

Besnard. — La donation entre époux de biens à venir, *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, 1931-1-273.

Boissonnade. — *Essai sur l'histoire des donations entre époux et leur état d'après le Code Napoléon*, 1852.

Boniface. — *Arrêts notables de la cour du Parlement de Provence*, t. II, liv. I, titr. 8. chap. 2, 1708.

Bonnet. — *Des dispositions par contrat de mariage et des dispositions entre époux, envisagées sous les rapports du droit romain, de l'ancienne jurisprudence de la France et du Code Napoléon*, passim, 1875.
— Des donations avec terme, *Revue critique*, 1860, p. 413.
— *Des donations entre époux*, 1875.

Boucheul. — *Traité des conventions de succéder ou des successions contractuelles*, 1727.

Bourjon. — *Le droit commun de la France et la coutume de Paris*, 2e éd., passim.

Brissaud.—*Histoire du droit français*, t. II, p. 1610 et suiv, 1904.

Casanova. — *Traité des dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage*, 1865.

Caubert. — *De l'institution contractuelle ou donation de biens à venir*, 1911.

Coin-Delisle. — *Commentaire* du liv. III, tit. II, C. civ., 1855

Colin et Capitant. — *Cours élémentaire de droit civil français*, 6e éd., t. III, p. 818 et suiv.

Colmet de Santerre. — Observations sur l'irrévocabilité des donations et la révocabilité des testaments, *Séances et travaux de l'Académie des Sciences Morales et Politiques*, 1892-2-149.

Cuq. — *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 2e éd., p. 528 et suiv, 798 et suiv.

Delvincourt. — *Cours de droit civil*, t. II, 1824.

Demante et **Colmet de Santerre**. — *Cours analytique du Code civil*, 2e éd., t. IV.

Demogue. —*Traité des obligations en général*, I, *Source des obligations*, II, 1923.

Demolombe. — *Cours de Code Napoléon*, 4e éd., t. XXIII.

Denisart. —*Décisions nouvelles*, vo Secondes noces, 1783.

Desjardins. — Recherches sur la règle « donner et retenir ne vaut », *Revue critique*, 1868, XXXIII, p. 207 et 311.

Devilleneuve. — Notes au Sirey, 1834-1-769 et 1838-1-481.

Duranton. — *Cours de droit civil français*, 4e éd. t. VI et IX.

Eschbach. — Notice historique sur l'institution contractuelle, *Revue de législation*, 1840, XI, p. 127.

Favard de Langlade. — *Répertoire de la nouvelle législation*, Vo institution contractuelle, 1823.

Fenet. —*Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XII, 1827-1828.

Ferrière. — *Dictionnaire de droit*, Vo Donation, 1779.

Ferron (G.). — Les donations déguisées ou par personnes interposées dans l'art. 1099 C. civ., *Revue critique de législation*, 1911.

Flandin. — *Traité de la transcription en matière hypothécaire*, t. I, 1861.

Furgole. — *Observations sur l'ordonnance de Louis XV sur les donations*, passim, 1733.

— *Traité des testaments, codicilles, donations et autres dispositions de dernière volonté*, 1766.

Girard. — *Manuel élémentaire de Droit Romain*, 7e éd. p. 999 et suiv, 1919 et suiv.

Glasson. — *Etude sur les donations à cause de mort*, 1870.

Grenier. — *Traité des donations et des testaments*, 4e éd. augmentée par Bayle-Mouillard, t. II.

Guilhon. — *Traité des donations entre vifs*, passim, 1818.

Hémard. — Note au Sirey, 1906-2-105.

Huc. — *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, t. VI, 1892-1903.

Janet. — Note au Dalloz périodique, 1879-2-249.

Josserand. — *Cours de droit civil positif français*, t. I, 1930.
— Chronique au Dalloz Hebdomadaire, 1930, p. 21.

Lambert. — *Du contrat en faveur des tiers*, sur la Stipulation pour autrui, 1893.

Laurent. — *Principes du droit civil français*, 3e éd., t. XV et Supplément.

Laurière. — *Notes sur les institutes coutumières de Loysel*, éd. Laboulaye, 1846.
— *Texte des coutumes de la Prévôté et Vicomté de Paris*, 1777.
— *Traité des institutions et des substitutions contractuelles*,1715

Lebrun. — *Traité des successions*, liv. III, chap. II.

Locré. — Législation civile, commerciale et criminelle de la France, *Recueil des discussions et travaux préparatoires*, t. XII, 1829-1832.

Louet. — *Recueil d'arrêts du Parlement de Paris*, éd. Brodeau, lettre A, 1742.

Loynes (de). — Notes au Dalloz Périodique, 1912-2-281 et 1917-1-73.

Loysel. — *Institutes coutumières*, éd. Laboulaye, passim, 1846.

Lyon-Caen. — Note au Sirey, 1875-2-129.

Malleville. — *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, t. II, 1805-1821.

Marcadé. — *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, 5e éd. par Paul Pont, t. III et IV.

Maury. — *Etude historique sur l'institution contractuelle*, thèse, Caen, 1902.

May. — *Eléments de Droit Romain*, 15e éd., nos 171 et suiv.

Moreau. — *Les donations entre époux de biens à venir*, Bruxelles, 1926.

Morin. — *Les pactes sur successions futures en droit positif*, thèse, Paris, 1931.

Mourlon. — *Traité de la transcription et des innovations introduites par la loi de* 1855, t. II, 1862.

Naquet. — Note au Sirey, 1889-2-137.

Nast. — *Des pactes sur succession future*, thèse, Paris, 1905.

Navières du Treuil. — *Etude historique et juridique de la promesse d'égalité*, thèse, Paris, 1907.

Percerou. — Note au Dalloz Périodique, 1912-2-329.

Planiol et **Ripert**. — *Traité pratique de droit civil français*, t. V avec la collaboration de M. Trasbot, nos 767 et suiv.

Pothier. — *Introduction aux coutumes d'Orléans*, 1740, éd. Bugnet.
— *Contrat de mariage*, 1768.
— *Donations entre mari et femme*, 1771.
— *Donations entre vifs*, 1777.

Poujol. — *Traité des donations entre vifs et testaments*, 1836.

Ricard. — *Traités des donations entre vifs et testaments*, passim, 1783.

Rodière et Pont. — *Contrat de mariage*, t. III, 1869.

Roubier. — *Les conflits de lois dans le temps*, I, p. 271 et 292, 1929.

Roy. — *De la notion de donation en droit civil français*, 1912.

Sainsot (H). — La donation entre époux de biens à venir faite pendant le mariage. Sa nature, réduction de cette donation, *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, 1931-1-293.

Sallèle. — *L'esprit des Ordonnances et principaux Edits de Louis XV*, 1759.

Timbal-Lagrave. — *De la donation de biens à venir su de l'institution contractuelle*, thèse, Toulouse, 1905.

Toullier. — *Le Droit civil français suivant l'ordre du Code*, 2e éd. par Duvergier, t. V.

Trasbot. — *Chronique à la revue critique*, 1930, p. 262.

Tréca. — *Des donations mutuelles entre époux faites par le même acte accessoirement à un contrat principal*, thèse, Paris, 1904.

Troplong. — *Le Droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code*, t. IV, 1835-1856.

Vazeille. — *Résumé et Conférences des Commentaires du Code civil sur les successions*, 1837.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION 1

TITRE PRÉLIMINAIRE

ORIGINES DE LA DONATION DE BIENS A VENIR 11

Chapitre I. — *Le Droit Romain* 11

Section I. — La *donatio mortis causa* 11

Section II. — La donation entre époux 15

Chapitre II. — *L'Ancien Droit* 18

Section I. — La donation à cause de mort 18

Section II. — L'institution contractuelle 20

Section III. — La donation entre époux 28

Chapitre III. — *Le Droit Intermédiaire* 31

TITRE I

LE PRINCIPE GÉNÉRAL DE LA PROHIBITION DE LA DONATION DE BIENS A VENIR 33

Chapitre I. — *Le principe général de la prohibition — Motifs qui l'ont inspirée* 33

Section I. — La règle « donner et retenir ne vaut » 35

Section II. — Prohibition des pactes sur succession future ... 41

Section III. — Interdiction de gratifier les personnes futures 44

Chapitre II. — *L'interprétation jurisprudentielle. — Tendance générale et portée pratique* 46

Section I. — Application de la règle « donner et retenir ne vaut » 46

Section II. — Application de la prohibition des donations à cause de mort 49

Section III. — Application de la prohibition des donations de biens à venir 52

§ 1. La donation de sommes payables au décès du donateur 53
§ 2. Concours de donations de sommes payables au décès 57

Chapitre III. — *Les exceptions légales au principe. — Donations de biens à venir autorisées dans l'intérêt du mariage* 65

TITRE II

L'INSTITUTION CONTRACTUELLE 69

Chapitre I. — *L'institution contractuelle en général* 69
Section I. — Conditions de l'institution contractuelle 69
Section II. — Effets de l'institution contractuelle 79
§ 1. Effets immédiats de la donation 79
§ 2. Effets de la donation au décès de l'instituant 91

Chapitre II. — *Règles particulières à l'institution contractuelle émanant d'un époux* 104

Chapitre III. — *Nature juridique de l'institution contractuelle* 119

TITRE III

LA DONATION CUMULATIVE DE BIENS PRÉSENTS ET A VENIR ... 133

TITRE IV

LA DONATION DE BIENS A VENIR ENTRE ÉPOUX 147

Chapitre I. — *Règles propres à la donation de biens à venir entre époux* 147

Chapitre II. — *Nature juridique de la donation de biens à venir entre époux* 163

BIBLIOGRAPHIE 187

Imp. F. BOISSEAU, 34, rue du Taur — Toulouse